SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

VOLUME II, PARTE I.

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

CONTENENTE

L'ANALISI CRITICA DEGLI AUTORI E DELLA GIURISPRUDENZA

e seguita

DA UN REASSUNTO ALLA FINE DI CIASCUN TITOLO

OPERA

DEL SIG. V. MARCADÉ

Antico Avv. alla Corte di Cassazione, al Consiglio di Stato ed al Ministero dell' Interno,
uno de' compilatori-fondatori della *Rivista critica di giurisprudenza*

VERSIONE ITALIANA SULLA 5ª ED ULTIMA EDIZIONE DI PARIGI

accresciuta dall' autore di molte quistioni e di leggi e decisioni recenti

per

LUIGI SAMPOLO

Avvocato e Professore di dritto

Col confronto degli articoli del Codice per lo Regno delle due Sicilie
e con tutte le disposizioni governative emanate sin' oggi
sotto ciascuno articolo.

La scienza del dritto sta tanto nel confutare i falsi principî che nel conoscere i veri.
Repertorio di Merlin, *Novazione*.

VOL. II.

PALERMO

STABILIMENTO TIPOGRAFICO-LIBRARIO

DEI FRATELLI PEDONE LAURIEL

Largo del Cancelliere, nº. 84.

1857.

N. B. — *Le note dell'Autore sono segnate coi numeri arabi; quelle del Traduttore cogli asterischi.*

AI LETTORI

I fratelli Pedone Lauriel intraprendendo, non è guari, la pubblicazione dell'Opera, non abbastanza lodata, di Vincenzo Marcadé, che ha per titolo Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone *etc., incominciarono a riprodurre la traduzione italiana che veniva facendosi in Napoli, ed oramai han dato in luce i due primi volumi divisi in due parti per ognuno, i quali comprendono i primi due della edizione francese, ossia la spiegazione dei primi due libri del Codice. Quando tra perchè la loro edizione possa andar più rapida della napolitana, e per non so che altre peculiari ragioni, essi fratelli mi hanno invitato a proseguire la traduzione dal terzo libro del Codice in poi. Non senza qualche dubitazione ho accolto l'invito e tolto su di me il grave incarico; ben conoscendo le moltissime difficoltà che presenta in generale un libro francese, e massime se di cose legali ragioni, a chi intende dargli veste italiana. Per quanto mi sarà possibile e l'angustia del tempo potrà consentirlo, mi adopererò a vincere quelle difficoltà, non risparmiando cure e fatiche. Se sarò poi e fino a qual punto riuscito, a voi, o Lettori, il giudizio.*

Palermo 15 aprile 1857.

Luigi Sampolo

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

LIBRO TERZO

DE' DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETA'

I. — Il Codice dopo aver trattato delle *Persone* nel primo libro, nel secondo dei *Dritti* che le persone possono avere sulle cose, passa ad indicare nel terzo ed ultimo le diverse cause, onde le persone possono acquistare questi dritti. Or riassumendosi tutti i dritti in quello composto di proprietà, tratteremo qui dunque *dei modi coi quali si acquista la proprietà* piena o smembrata, cioè il *dominium* o li *jura in re* che ne sono gli smembramenti.

DISPOSIZIONI GENERALI

Decretate il dì 19 aprile 1803. — Promulgate il 29.

711 (632). — La proprietà dei beni si acquista e si trasmette per successione, per donazione fra vivi o testamentaria e per effetto di obbligazioni *.

712 (633). — La proprietà si acquista altresì per accessione o incorporazione ed in forza della prescrizione.

SOMMARIO

I. La enumerazione di questi articoli è incompiuta: bisogna aggiungervi la legge e la occupazione. Errore di Toullier.

II. Lo effetto delle obbligazioni abbraccia due modi di acquistare: la convenzione e la tradizione. Errore di Toullier riconosciuto da Duvergier.

III. Otto modi di acquistare; loro diverse classificazioni.

IV. Osservazione generale e passaggio.

I. — 2. Questi due articoli ci presentano cinque maniere di acquistare: la successione, la donazione, lo effetto delle obbligazioni, l'accessione e la prescrizione.

* La proprietà dei beni si acquista o si trasmette dice il nostro articolo 632, e si trasmette dice il corrispondente art. 711 del Codice francese; e così deve dire poichè di tutti i modi coi quali si acquista la proprietà, questi soli della successione donazione ed obbligazione li trasmettono, mentre gli altri servono per acquistare non per trasmettere la proprietà.

Ma tale enumerazione non è nè compiuta nè abbastanza precisa: dessa ha il doppio difetto: 1° di trasandare due maniere che sono pure sanzionate dal Codice, e 2° di riunire sotto la sola espressione lo *effetto delle obbligazioni*, due maniere l'una dall'altra assai distinte.

I due modi *omessi* dalla enumerazione dei nostri articoli sono la Legge e la Occupazione.

3. E dapprima la Legge. Tutti i modi di acquistare derivano senza dubbio dalla legge in un certo senso, perchè essa li autorizza e ne determina la efficacia; ma vi ha casi nei quali lo acquisto non ripete altra cagione che la stessa volontà del legislatore, il quale in cambio di permettere soltanto il trasferimento del dritto, egli stesso e direttamente lo produce. Così, conforme lo art. 384 (298), i genitori acquistano l'usufrutto dei beni dei loro figli, per la sola forza delle disposizioni del Codice: in questo caso non è nè successione, nè donazione , nè obbligazione , nè accessione o prescrizione; unicamente acquistasi il dritto per il diretto e immediato effetto della volontà del legislatore. Vedremo un altro caso di acquisto in virtù della legge per le *epaves** spiegando l'art. 717 (637). Quanto ai casi 1° di morte civile , 2° di revocazione di donazione per sopravvenienza di figli , 3° di successione, e 4° di prescrizione, Toullier li colloca a torto nella classe degli acquisti fatti per lo effetto della legge; perchè da una mano la successione e la prescrizione essendo indicate separatamente e quali speciali modi, non è mestieri cercar loro qui una nuova qualificazione; dall'altra, la morte civile è un caso di successione (art. 25 e 718 (T e 638 M)) , e la revocazione della donazione non è un caso di acquisto , dacchè il donante si reputa allora essere rimasto sempre proprietario della cosa donata (art. 960, 963 (885 e 888)).

La legge è dunque appo noi come in Roma una delle maniere di acquistare. Ora l'occupazione cioè il prender possesso di una cosa che a nessuno appartenga, esiste anche nel nostro dritto. A prima veduta potrebbesi credere che sia abolita dall'articolo 713 (T) , il quale dichiara « che » i beni che non hanno padrone appartengono allo stato »; ma la troppo assoluta disposizione di questo articolo è modificata dai seguenti 714, 715, 716 e 717 (634 635, 636 e 637) i quali sanzionano questa maniera di acquistare siccome tosto vedremo.

II.—4° Abbiamo aggiunto che in queste parole *lo effetto delle obbligazioni* il Codice comprende due modi distinti di acquistare.

Difatti le obbligazioni colle quali trasferiscesi la proprietà di una cosa, derivano al pari delle altre, ora da una convenzione, ora da diversa fonte. Così quando voi mi vendete la vostra casa per 60,000 franchi, l' obbligo vostro di farmi proprietario di essa, e il mio di farvi proprietario di 60,000 franchi, sono nati da una convenzione fra noi consentita; per converso, quando io vi ho ferito mal guidando il mio cocchio, l' obbligo mio di darvi in proprietà una somma di danaro che vi rindennizzi del pregiudizio patito, è sorto senza alcuna convenzione, e da un fatto che chiamasi quasi delitto. Ora l' obbligo può avere per obbietto, 1.° o una cosa individualmente determinata, un corpo certo come il tal cavallo, 2.° o una cosa indeterminata, come una somma di danaro o un cavallo *in genere*.

Ora il modo di acquistare, la causa che fa acquistare cambia secondo i diversi casi.—1.° Quando l' obbligo di far proprietario nasce da una convenzione, e trattasi inoltre di un corpo certo, la proprietà vien trasferita immediatamente e per lo effetto diretto della stessa convenzione. L'art. 1138

* Il nome di *èpaves* nella antica giurisprudenza francese fu dato agli animali spaventati che fuggendo eransi smarriti. *Quae longe expavefacta fugerunt, aut vagantur et dispalantur sine certo custode et domino* (Delvincourt ed altri che rinviano ai glossari di Ducange, Delauriere e Quorofont). In seguito però il significato di *èpaves* fu esteso a tutte le cose perdute, onde fu detto *droit d' epaves* il dritto del fisco e dei feudatari su tali cose.

(1092), dichiara che l' obbligo di dare in proprietà una determinata cosa costituisce il creditore *proprietario* della cosa dal momento in cui dovrebbe essere consegnata, e l'art. 1583 (1428) in cui applicasi pure questa regola generale, dice che nella vendita, « *la proprietà* si acquista » dal compratore *al momento che siasi* » *convenuto* della cosa e del prezzo, quan» tunque non sia seguita ancora la tradi» zione della cosa. » L' art. 938 (862) prescrive parimente, « che la proprietà delle cose donate s'intenderà trasferita nel donatario mediante il solo consenso delle parti, e senza la necessità di formale tradizione ». Se non che è evidente che tale acquisto per la sola forza del *consenso* delle parti non può aver più luogo quando l'obbligo si è formato *senza la volontà* di esse, senza convenzione; ed anche quando vi sia stata convenzione, contratto, non essendo l' *oggetto* da consegnare un certo e determinato corpo. Quando io son tenuto di pagarvi 2,000 franchi per la ferita che involontariamente vi ho fatto con un quasi-delitto, o volontariamente con un delitto, senza dubbio voi contro di me non avrete che un *credito*, un dritto personale, e non la proprietà di questa somma, perchè di che cosa potreste dirvi proprietario? forse dei 2,000 franchi che sono nel mio forziere? Nò, perche sono perfettamente libero di darvi i 2,000 franchi che sono nel mio sgrigno o quelli impiegati presso il mio banchiere. Così avviene per qualunque oggetto non individualmente determinato, non corpo certo. In tutti questi casi voi siete creditore e diverrete proprietario solo quando io eseguirò il mio obbligo consegnandovi la cosa dovuta; adunque la proprietà non vi sarà acquistata che mercè la *tradizione* della cosa.

Così la proprietà acquistasi per lo effetto delle obbligazioni; il quale è ora immediato, ora solamente mediato; per lo effetto immediato, vale a dire per la stessa *convenzione*, nei contratti traslativi della proprietà di un corpo certo; per il loro effetto mediato, vale a dire per la tradizione, negli altri casi.— Questa doppia significazione delle parole *per lo effetto delle obbligazioni* è stata riconosciuta chiaramente nel consiglio di Stato. Al console Cambacérès che domandava perchè la tradizione non si ponesse nel novero delle maniere di acquistare, fu risposto da Treilhard e Tronchet, che « la *tradizione* è il » modo di esecuzione di un impegno e » *rientra negli effetti delle obbligazioni* » (Fenet, tom. XII, p. 4 e 5).

5. I Romani non avevano compreso che la proprietà potesse trasferirsi in questo modo pel solo effetto della volontà; richiedevano vi fosse la materiale esecuzione della promessa, la tradizione della cosa; il contratto era presso loro una causa di obbligazione, non mai una maniera d'acquistare. Questi principî aveva seguito il nostro antico dritto. Il Codice civile ha sanzionato (art. 1138 (1092)) questa idea professata da Grozio, Puffendorfio, Wolfio, ecc., che la proprietà essendo un dritto, una cosa puramente intellettuale, può passare da una in altra persona senza alcuna materiale causa di trasmissione.

6. Toullier (IV, 61) insegna che questo trasferimento della proprietà in forza della stessa convenzione riferiscesi solamente agl' immobili, che i mobili ancora si acquistano con la tradizione; e crede trovarne la prova nell' art. 1141 (1095). Vedremo più avanti esser questo un errore derivato in lui dal non avere inteso nè questo articolo 1141 (1095) nè manco l' altro 2279 (2185) che ne è la chiave. Del resto questo nuovo errore di Toullier, notato già da noi nella seconda nostra edizione, è stato poi riconosciuto da Duvergier suo annotatore (III, 359).

III.— 7. Noi troviamo dunque diffinitivamente otto maniere d' acquistare, cioè: 1.° le Successioni; 2.° le Donazioni; 3.° l' Accessione; 4.° la Prescrizione o meglio la Usucapione; 5.° la Legge; 6.° l' Occupazione; 7.° la Tradizione; 8.° infine alcuni Contratti.

Queste otto maniere dividonsi in varie classi.

Si distinguono le maniere del *dritto naturale* dalla legge civile sanzionate, quali

sono la occupazione e la tradizione; le maniere del dritto civile dalla legge create, cioè; le successioni, le donazioni e la legge; in fine le maniere *miste* preesistenti nel dritto di natura e che il dritto civile ha ordinato completato o ampliato: sono queste la accessione e la prescrizione.

Si distinguono ancora le maniere *originarie* e le *derivative*. Diconsi *originarie* quelle che conferiscono la proprietà di una cosa che prima non era di alcuno (la occupazione sempre, qualche volta l' accessione); chiamansi *derivative* quelle che ci fanno proprietarî di cose di cui la proprietà era prima in altri. Le originarie sono solamente maniere di acquistare; le derivative, di acquistare e di trasferire.

L' art. 712 (633) non è dunque esatto quando, in opposizione all'art. 711 (632) il quale dinota come la proprietà si acquisti e trasmetta, dà per modi di semplice acquisto l' accessione e la prescrizione. Egli è evidente in fatti che la prescrizione è un mezzo di acquistare col possesso la cosa che ad altri apparteneva; perchè se la cosa che diviene in tal modo nostra mercè il possesso, non fosse ad altri appartenuta, sarebbe da noi acquistata con la occupazione e non con la prescrizione. Riguardo all' accessione, in alcuni casi non presenta trasferimento: p. e. per i frutti e prodotti della mia cosa, in certi altri sì: p. e. quando un terzo fabbrica con suoi materiali un edificio sul mio terreno. — Non pertanto se si vuole chiamare modi di trasferimento quelli solo coi quali il proprietario aliena, è fuor di dubbio che la prescrizione non sarà di questi.

Si distinguono in fine le maniere d'acquistare a titolo *universale*: quali sono la successione sempre, alle volte la donazione; e le maniere d'acquistare *a titolo particolare*.

8. Non bisogna per altro confondere, come sovente avviene, alienare con *vendere*, acquistare con *comprare*. Alienare o acquistare è il genere; vendere o comprare è la specie. La vendita è una delle molte specie di alienazione, come la compra è uno dei mille casi d'acquistare; un compratore è sempre un acquirente, ma questi non è sempre un compratore: l' acquirente può essere un donatario, un legatario, un compermutante, un erede, ecc.

IV. — 9. Il Codice ci ha già parlato della accessione nel precedente libro e ne tratterà ancora nell' art. 716 (636); discorrerà della occupazione negli art. 714-717 (634-637); e i casi di acquistare per opera della legge ci sono stati nel primo libro indicati. Ci resta dunque a vedere cinque modi di acquistare che saranno trattati successivamente nei diversi titoli del nostro terzo libro.

Le successioni faranno l' oggetto del primo titolo.

Le donazioni saranno argomento del secondo.

Le obbligazioni con tutto ciò che vi si connette saranno spiegate nel titolo III e infino al XIX, i quali versano non solo sulle obbligazioni aventi per obbietto un trasferimento di proprietà, ma sopra ogni maniera di obbligazioni.

In ultimo la prescrizione viene esplicata dal ventesimo ed ultimo titolo.

713 (T). — I beni che non hanno padrone appartengono allo Stato.*

10. È principio, che i beni non rivendicati da alcun padrone divengono proprietà della nazione; ma a tal principio fanno eccezione i seguenti quattro articoli.

714 (634). — Vi sono delle cose che non appartengono ad alcuno, e l' uso delle quali è comune a tutti.

Le leggi di polizia determinano il modo di usarne.

* Questo articolo è stato soppresso nelle nostre leggi civili sulla proposta del consigliere Sollyma, essendo in esso ripetuto il principio già stanziato nell' art. 464 II. cc, « tutti i beni vacanti e senza padrone e quelli delle persone che muoiono senza eredi o le cui eredità sono abbandonate, appartengono al demanio pubblico ».

11. Sono quelle cose che i Romani dicevano *res communes*. Fra le quali ve ne ha suscettibili di diventar proprietà privata; così è manifesto che io sono realmente proprietario dell' acqua attinta ad una pubblica fontana, come altresì, che dalla occupazione mi è venuta la proprietà.

715 (635). — La facoltà della caccia e della pesca è parimente determinata da leggi particolari.*

12. Il dritto di cacciare, un tempo privilegio riserbato unicamente ai signori, è stato fatto comune a tutti i proprietarî con la legge del 30 aprile 1790. Pure questa facoltà non ha limiti per qualunque proprietario sul suo terreno chiuso; nelle terre non chiuse non si può cacciare in ogni anno che durante il tempo indicato da un ordine del prefetto del dipartimento, e quando si ha il permesso di portar le armi rilasciato dall' amministrazione.

Il dritto di pescare nelle riviere appartiene parimente ai proprietarî di esse, cioè nelle grandi allo Stato e nelle piccole ai possessori dei fondi limitrofi (L. 15 aprile 1829).

È di certo che colla caccia e la pesca acquistasi la proprietà della cacciagione e del pesce, e il Codice ha voluto qui notare quest'idea; l'acquisto si fa con la occupazione.

716 (636). — La proprietà di un tesoro appartiene a colui che lo trova nel proprio fondo. Se il tesoro è trovato nel fondo altrui, appartiene per metà a colui che l' ha scoperto, e per l' altra metà al proprietario del fondo.

È tesoro qualunque cosa nascosta o sotterrata, della quale non vi ha alcuno che possa provare di essere il proprietario, e che viene scoperta per puro caso.**

SOMMARIO

I. La proprietà di un tesoro è attribuita per metà secondo il dritto di occupazione, e per metà secondo il dritto di accessione. Conseguenza per lo tesoro trovato nel terreno di un coniuge in comunione di beni. Rinando.

II. Quando vi è tesoro.

I. — 13. Due diverse idee ci erano per determinare la proprietà di un tesoro: po-

* La caccia e la pesca sono governate al di là del Faro dalla Direzione generale di ponti e strade e delle acque e foreste e della caccia istituita con decreto del di 25 febbraio 1826, e al di qua dalla Sopraintendenza generale di ponti e strade secondo il decreto del 16 luglio 1827.

La legge forestale del dì 21 agosto 1826 resa comune ed applicata alla Sicilia con decreto del 26 marzo 1825, abrogava tutte le disposizioni della legge del 18 ottobre 1819 riguardanti la economia silvana; ma per la caccia e la pesca fu detto nel primo articolo, tanto di quella legge, che del decreto del 26 marzo 1827: « Per la caccia e la pesca ci riserbiamo pubblicare una nuova legge, e intanto vogliamo che restino in osservanza gli attuali stabilimenti ». Giova quindi leggere gli articoli 139-184 e 220-225 della legge del 18 ottobre 1819 relativi alla caccia e alla pesca; leggasi pure la legge del 3 ottobre 1836 che provvede alla conservazione della caccia nelle reali riserve. Quanto alla pesca leggasi il real decreto del 20 ottobre 1834 per le provincie al di là del Faro, e per quelle al di quà il decreto degli 11 maggio 1835, non che quello del 21 maggio 1852 che dichiara libera in Sicilia la pesca delle alelunghe con gli ordegni detti alalungari. V. pure la legge del 3 ottobre 1836 che riguarda la pesca nelle reali riserve.

** Il secondo paragrafo di questo articolo nel corrispondente delle nostre leggi civili ebbe aggiunte le seguenti parole: *a' termini dell'art. 1686.* Se non che fu qui mal collocato il rapporto fra il riferito articolo e l' art. 636, mentre doveva anzi esser posto al fine del primo paragrafo ad indicare la eccezione stabilita per lo enfiteuta relativamente alla metà del tesoro spettante al proprietario; cioè che « il tesoro che si troverà nel fondo enfiteutico, apparterrà egualmente all'enfiteuta e al padron diretto ».

tevasi dire, ed era la idea più vera, che il tesoro non appartenendo realmente ad alcuno, dovesse quindi acquistarsi con la occupazione, e divenire la proprietà del primo che lo scoprisse e se ne impossessasse. Potevasi pretendere da un altro lato, che il tesoro non è una cosa *nullius;* che in certo modo è divenuto parte della cosa in cui è nascosto, e deve per accessione appartenere, come quella e con quella, al padrone di essa. — In cambio di scegliere fra queste due idee, il Codice, seguendo in ciò il dritto romano (Inst., I. 2, t. 1, § 39; Cod., I. 10, t. 15), entrambe le ha adottato ed accozzato, dichiarando che il tesoro apparterrebbe in metà per dritto di occupazione a chi lo scopre; e nell'altra metà per dritto di accessione, al padrone della cosa.

Questa norma ha senza dubbio qualcosa di non logico; perchè se si volesse riguardare il tesoro, a parlar giuridicamente come faciente parte della cosa che lo nasconde, dovrebbe essere tale in tutto; nel caso inverso, avrebbe dovuto accogliersi la contraria idea egualmente in tutto. Ma in fine la legge ha parlato; da noi devesi applicare. Il tesoro dividesi in due uguali parti: l'una è riputata parte della cosa che lo contiene e ne diventa un prodotto, come le pietre che si cavano da una pietraja; l'altra rimane un valore d'oro d'argento, ecc., senza padrone e affatto indipendente dalla cosa in cui trovasi nascosta.

Con questi due principî sciogliesi di leggieri una quistione dibattuta dagli scrittori, e che noi esamineremo sotto l'articolo 1403 (T), cioè quali siano i dritti di una comunione di coniugi sul tesoro trovato nel fondo appartenente ad uno di essi.

II. — 14. Se non che di certo per esservi tesoro ed applicarsi la norma del nostro articolo non basta trovare un oggetto che non abbia un padrone conosciuto. A tale circostanza la legge ne vuole aggiunte altre due: 2.° che la cosa sia nascosta, sotterrata in un altra, e 3.° che essa sia scoverta per caso. La riunione di questi tre caratteri costituisce il tesoro.

E dapprima bisogna che la cosa sia nascosta in un' altra. Difatti, è principio, che ogni cosa la quale non ha padrone, deve diventare in tutto proprietà del primo occupante. Se dunque il tesoro trovato nel vostro campo mi è attribuito per metà, la è questa una speciale eccezione per voi, da ciò derivata che probabilmente i vostri autori, antichi proprietarî del campo, abbiano là deposto l'oggetto trovato; è una sorta di restituzione fondata sulla presunzione che sorge dalle circostanze. Or quando l'oggetto si trova sulla superficie del terreno o vi sia stato tratto da qualche animale o gettatovi da una vettura che passava, o trascinatovi da tempestosa bufera, ecc. non esiste più la presunzione, non vi è più quella ***vetus quaedam depositio cujus non exstat memoria ut jam dominum non habeat*** (D. I. 41, t. 1, 31, § 1); la cosa non è stata là deposta, nè sotterrata da qualche antico proprietario; non è un tesoro. Quindi in tal caso 1.° o vi sarebbe una pura e semplice occupazione dell' intiero se la cosa non fosse mai ad alcuno appartenuta; 2.° o trattandosi di una cosa appartenuta prima ad altrui, applicherebbesi la regola che sarà indicata sotto il seguente articolo per le *épaves*. Così lo aerolite di cui fu detto tanto nel mese di settembre 1842 (Ved. la gazzetta dei tribunali) che da Paolo fu raccolto nel podere di Giacomo, non poteva appartenere nè in tutto nè in parte al proprietario del podere. Una pietra piovuta dal cielo non può essere una accessione del terreno su cui si ferma; apparteneva dunque intiera per occupazione a colui che l'aveva trovato, come da Duranton fu deciso, nè si concepisce che la opinione contraria siasi abbracciata da un giureconsulto. — Del rimanente poco importa che la cosa sia nascosta nel suolo o in un fabbricato, o anche in un oggetto mobile: così costituiva un tesoro la statuetta d'argento trovata, or fa pochi anni, da un macellajo nel tronco di un albero dov' era custodita.

Bisogna, oltre a ciò, che l'oggetto sotterrato e che non ha più padrone, sia scoverto per l'effetto del *caso fortuito.*

Così allorchè l' operajo impiegato a cavare il mio terreno per porre le fondamenta di una fabbrica o fare una piantagione, trova nel suolo una cassa piena di danaro, questa è un tesoro di cui ne apparterrebbe la metà all'operajo. Direbbesi vanamente che essendo egli ai miei soldi travagliando per mio conto, sia il mio rappresentante, il mio mandatario, il mezzo onde mi servo, e quindi tutto ciò che egli possa trovare, mi appartiene come da me trovato per opera sua. L'operajo è mio rappresentante, è mio mezzo solo per l' opera a cui lo destino; se lo impiego e pago per piantare, gettare le fondamenta della mia fabbrica, non è certo per iscoprire tesori. Per fermo avviene diversamente la cosa se lo avessi per l'appunto impiegato col disegno di trovare cosa preziosa che mi pensava in un tal luogo esistesse; e siccome spesso il padrone non svelerebbe prima il suo pensiero, deciderebbero i tribunali secondo le circostanze di fatto la delicata ed importante quistione di sapere con qual fine egli avesse fatto fare gli scavi. Il proprietario che sospettando l'esistenza di cose preziose sotterrate nel suo terreno, vorrebbe farvi eseguire degli scavi senza lasciare scovrire il suo disegno, fingendo anzi di fabbricare o di piantare, ben farebbe di procacciarsi la prova della sua intenzione, partecipandola agli amici che potessero valergli da testimoni, o anche depositando presso un notaro un atto chiuso in cui fosse dichiarata la sua volontà.

15. L' oggetto prezioso trovato dopo ricerche eseguite a bella posta, non essendo un tesoro nè potendo applicarglisi il nostro articolo, a chi ne' vari casi apparterrà? sempre al proprietario del fondo. È fuor di dubbio quando le ricerche sono state fatte dal proprietario, cioè o da lui stesso, o da un operajo per lui incaricato; perchè con qual titolo altri potrebbe allora pretenderlo o in tutto o in parte?... Che se chi lo ritrova sia un terzo venuto a scavare il mio terreno, senza che io glielo consentissi, a fin di cercarvi cose preziose, egli ha commesso un delitto di cui dee essere punito, e non può legalmente attribuirsene il risultato: l' oggetto dunque mi apparterrà ancora intero. Era questa la formale disposizione della legge romana (Cod., *loc. cit.*), nè si può dubitare che diverso sia lo spirito nel nostro Codice civile.

E poichè l'oggetto trovato dopo ricerca fatta con formato disegno appartiene intero al padrone della cosa che lo conteneva, sia che un terzo lo scopra o lo stesso padrone, ne segue che non è più regolato dal dritto di occupazione, ma *quodam jure accessionis*, essendo riputato fittiziamente in tutto far parte della cosa che lo racchiudeva. In questo caso adunque, a differenza di ciò che ha luogo nel tesoro, non dovrebbe mettersene in comune alcuna parte. Può sembrare strana siffatta differenza fra la cosa scoverta per caso che costituisce un tesoro, e quella che è ricercata a disegno; ma non crediamo si possa giuridicamente adottare altra dottrina.

717 (667). — I dritti sopra gli effetti gettati in mare o sopra le cose che il mare rigetta, di qualunque natura sieno, e sopra le piante ed erbe che crescono lungo le rive del mare, sono pure regolati da leggi particolari.

Lo stesso ha luogo per le cose perdute, delle quali non si presenta il padrone. *

* La materia delle prede marittime è regolata dalla legge del 12 ottobre 1807.—La giurisdizione intorno alla legittimità di siffatte prede, non che della appartenenza degli oggetti ricuperati del naufragio fu stabilito con la legge del 2 sett. 1817.

Il procedimento è quello stabilito per lo contenzioso amministrativo dalla legge del 25 marzo 1817, secondo venne determinato dal decreto del 31 maggio 1836.

L' art. 413 delle leggi penali al n. 3. fa parola del furto commesso sulle cose abbandonate per cagione di naufragio.

Quante alle cose naufragate di cui si ignora il padrone, appartengono al fisco, conforme il dispaccio del 27 febbraro 1738.

L'art. 339 della Legge organica delle dogane del 19 giugno 1826, ordina a chiunque abbia notizia di effetti naufragati e gettati al lido dalle onde o

SOMMARIO

I. Attribuzione delle cose gittate in mare o da esso rigettate, delle piante ed altre erbe che crescono lungo le rive del mare.
II. E delle èpaves *ordinarie.*

I. — 16. Le particolari leggi alle quali rimanda questo articolo e di cui pareva promettersi prossima la pubblicazione, non essendo state fatte, le materie qui trattate non possono essere regolate fino a nuove disposizioni che dalle nostre antiche leggi, salvo le modificazioni che le circostanze possono richiedere.

1° L'articolo parla prima degli effetti gittati in mare, e che alcuno abbia trovato a fior d'acqua o pescato in fondo al mare o raccolti sulla riva dopochè il mare li abbia respinto. L'*ordinanza della marina* del 1681 stabilisce diverse categorie di questi oggetti. Gli uni appartengono per intero a chi li trovi quando non sieno richiesti dal proprietario entro i due anni da quando deve fare la dichiarazione chi li trova; su gli altri chi li trova ha dritto immediatamente ad una terza parte, appartenendo allo Stato le altre due terze se non sono domandate entro un anno ed un giorno; altri infine sono attribuiti allo Stato per intero, scorso questo stesso termine. — Questi diversi oggetti chiamansi *épaves* marittimi. Il nome di *épaves* applicavasi prima agli animali smarriti spaventati *expavefacta*; dall'uso fu poi esteso alle cose inanimate.

2° La medesima ordinanza dichiara che le piante e le altre erbe marine che crescono nel mare o sulle sue rive, appartengono al primo occupante che li raccoglie sulla spiaggia quando il mare ve le ha gettato; e quelle che sono ancora attaccate agli scogli, appartengono esclusivamente agli abitanti delle comuni nel di cui territorio gli scogli si trovano. Un decreto del 18 termidoro anno decimo ha di nuovo sanzionato le disposizioni dell'ordinanza del 1681. Per altro qui per abitanti s'intendono coloro anche che non risedendo nella comune vi posseggano e coltivino le terre (1).

II. — 17. 3° In ultimo le *èpaves* ordinarie cioè i diversi oggetti mobili che si trovino perduti, smarriti, e di cui ignorasi il proprietario, erano un tempo attribuiti ora al Re, e per lo più al Signore gran giustiziere, scorso un termine di 40 giorni od un anno secondo i paesi. Ma una decisione del ministro dell'erario del 3 agosto 1825, dichiara che pel difetto di speciali disposizioni rimanendo in tutto il suo vigore il dritto comune e il principio dell'equità, gli oggetti ritrovati e depositati alla cancelleria da chi trovato li abbia, gli saranno restituiti dopo tre anni se non siano stati dal proprietario rivendicati.

Non pertanto questa regola deve applicarsi alle *épaves* che non sono oggetto di una legge formale. Un decreto del 13 agosto 1810 ordina che tutti gli effetti lasciati nelle officine delle amministrazioni postali non domandati per sei mesi siano denunziati alla amministrazione, la quale dopo un mese che ne avrà dato annunzio nei giornali, deve farli vendere e depositarne diffinitivamente il prezzo nelle casse dello Stato se nel termine di due anni dal dì della vendita non si è fatto alcun reclamo. — Conforme due ordinanze reali del 22 febb. 1829 e 9 giugno 1831 gli effetti mobili depositati nelle cancellerie in

li ritrovi, di denunziarli alla dogana sotto pena di un'ammenda di ducati 120, oltre quella di contravvenzione alle leggi sanitarie. Ved. anche lo statuto penale per le infrazioni delle leggi e dei regolamenti sanitari del 13 marzo 1820 e il decreto del 19 sett. 1826.

L'art. 463 ll. pp. al n. 6 dispone cadere in contravvenzione di polizia; « coloro che ritrovino cose che sanno non appartener loro e non ne facciano la denunzia fra tre giorni all'autorità locale. Per costoro la pena è un'ammenda non minore del valore della cosa rinvenuta nè maggiore del doppio ».

(1) Ved. la decisione di rigetto pronunziata dalla Camera criminale dopo la nostra difesa e contro il ricorso del pubblico ministero il dì 8 novembre 1843 (Dev., 45, 1, 814, II).

occasione di cause civili o criminali, devono vendersi dopo sei mesi della diffinitiva sentenza se in quest'epoca non siano richiesti ; il prezzo ritrattone viene depositato nella cassa dei depositi,e non fatto il reclamo si acquista dallo Stato, ma solo decorsi trent' anni.—In ultimo,secondo la legge del dì 31 gennaro 1833 le somme affidate alla posta per essere ricapitate al loro indirizzo, si acquistano dallo Stato quando non si è reclamato nel termine di otto anni dal dì del versamento.

18. Le *épaves* di mare o di terra si attribuiscono, come si scorge, allo Stato dalla legge, perchè non si può in questo caso applicare alcuna delle altre sette *maniere* d' acquistare.

SUNTO DELLE DISPOSIZIONI GENERALI

I.—Avendo trattato nel primo libro delle persone, nel secondo dei dritti che elle possono avere sopra i beni, vedremo nel terzo ed ultimo per quali cause questi dritti possono acquistarsi , cioè i diversi modi di acquistare la proprietà e i suoi smembramenti.

II.—Abbiamo noi otto maniere d' acquistare quali sono: 1° *l' occupazione;* 2° *l' accessione*; 3° la *tradizione*; 4° la *convenzione*; 5° la *successione* ; 6° la *donazione*; 7° la *prescrizione* ; 8° la *legge*.

L' accessione è stata svolta nel precedente volume al capitolo II° del 2° sunto; ed ivi stesso nel sunto del titolo IX,n. 12. si è incontrato l' acquisto per lo immediato effetto della legge di cui ne troveremo un nuovo caso per alcune *épaves* al 6° e 7° del n. IV qui appresso; la successione, la donazione, la convenzione , la tradizione e la prescrizione formeranno la materia dei titoli che dovremo spiegare.

Dobbiamo qui discorrere della occupazione per seguire il sistema del Codice.

III.—L'occupazione,cioè il semplice impossessarsi d'una cosa, conferisce la proprietà in più casi e specialmente:

1° Di alcune cose di cui l' uso è comune a tutti , e che diventano esclusiva proprietà per la parte che ognuno ne prende, quale è l' acqua di una riviera o di una fonte pubblica;

2.° Di tutti gli animali selvaggi presi alla caccia;

3.° Del pesce pescato nel mare o nelle rive.

Del rimanente la caccia e la pesca sono regolate da particolari leggi.

4.° Della metà dei tesori. L' altra metà acquistasi per accessione ; e però appartiene sempre al padrone della cosa che conteneva il tesoro.

Chiamasi tesoro ogni cosa nascosta o sotterrata di cui alcuno non può provare essere proprietario, e che è scoverta per mero caso. Se mancasse una di queste tre circostanze non sarebbe più un tesoro: onde 1.° se è noto il padrone , la cosa resta sua proprietà e deve essergli restituita; 2.° se la cosa di cui ignorasi il padrone non era nascosta, è una *épave* cui deve applicarsi la norma indicata qui appresso al n. 7°; 3.° in ultimo, se la cosa nascosta e senza padrone non sia stata scoverta per caso,ma dopo ricerche appostatamente fatte, acquistasi intero per la accessione dal proprietario della cosa che lo conteneva ;

5.° Delle piante ed altre erbe marine che sorgono nel mare o sulle spiagge,se non che quelle che sono attualmente abbarbicate agli scogli, appartengono per occupazione agli abitanti della comune nel cui territorio trovasi lo scoglio;

6.° Di alcune *épaves* di mare ;

Diconsi *épaves* le cose perdute smarrite dimenticate dal loro proprietario ; e particolarmente *épaves* di mare gli oggetti che in esso cadono o sono gettati. Fra i quali gli uni appartengono ora per intero , ora solamente per una terza parte a chi li ritrovi, per diritto di occupazione; gli altri come anche le due altre terze parti, appartengono allo Stato per lo immediato effetto della legge;

7.° Finalmente per alcune *épaves* di terra.

Gli oggetti trovati devono da chi li trovi

depositarsi nella cancelleria del tribunale civile, e non rivendicandoli il proprietario, sono attribuiti al primo per dritto di occupazione.

Se non che gli oggetti rimasti nelle officine postali di terra e di mare, gli effetti lasciati nelle cancellerie i quali erano stati depositati in occasione di cause civile o criminali; e le somme confidate all'amministrazione delle poste, tutte queste cose sono vere *épaves*, e attribuisconsi dalla legge allo Stato, scorso un certo termine più o men lungo secondo i casi, e speciali regolamenti.

TITOLO I.

Delle Successioni.

Decretato il dì 19 aprile 1803.—Promulgato il 29.

19. Succedere ad alcuno vale in generale prendere il luogo da lui occupato, di forma che vi è successione in ogni acquisto per una delle maniere derivative: quando la cosa che vi apparteneva io ho prescritto o comprato da voi o mi avete voi donato, ecc., è fuor di dubbio che succeda a voi nella proprietà della cosa. Ma oltre di questo significato generale, la parola successione indica in un senso particolare e tecnico la speziale maniera di acquistare di cui tratta il nostro titolo. — In questo senso, la successione è la trasmissione universale dei dritti attivi e passivi di una persona defunta alla superstite dalla legge indicata. — Dinotasi anche spesso colla parola successione l' universalità de' dritti che forma l'oggetto della trasmissione.

La parola eredità adoperasi egualmente come sinonimo di successione per significare o il trasferimento del patrimonio o il patrimonio trasferito.

20. Questo titolo dividesi in sei capitoli. Nel primo la legge determina *l'apertura delle successioni* e ne indica la immediata conseguenza che è la investitura degli eredi.

Il secondo tratta *delle qualità richieste per succedere*:

Il terzo *dei diversi ordini di successioni regolari*;

Il quarto *delle successioni irregolari*;

Il quinto *dell' accettazione* pura e semplice o beneficiata, e *della rinunzia delle successioni*;

Il sesto in ultimo, sotto la incompleta rubrica *delle divisioni*, *e collazioni* spiega gli effetti della successione, e specialmente le obbligazioni di più coeredi o fra loro o rispetto ai terzi.

21. I Romani distinguevano due classi di eredità : le testamentarie e quelle *ab intestato*.

La testamentaria era riguardata più benignamente della legittima, di modo che tenevasi a vituperio ed infamia il morire senza avere scritto nel testamento uno erede di propria elezione. Da noi al contrario non si riconosce che la successione legittima. In Roma ogni testamento conteneva di necessità una istituzione di erede ; senza di che non vi sarebbe stato testamento. Da noi invece il testamento non può fare mai un erede, ma solo legatari. Quindi mentre le Instituta di Giustiniano trattano degli eredi testamentari e legittimi in unica materia collocando in primo luogo i testamentari, il nostro Codice discorre in questo titolo delle successioni *ab intestato*, e pone nel seguente i testamenti fra le donazioni che suddivide in donazioni tra vivi e testamentarie (Ved. n. 36).

CAPITOLO PRIMO

DELLA APERTURA DELLE SUCCESSIONI E DELL' IMMEDIATO PASSAGGIO DI POSSESSO NEGLI EREDI.

1. — *Apertura delle successioni.*

718 (638 M).—Le successioni si aprono per la morte naturale e per la morte civile. *

719(639 M).—La successione per la morte civile è aperta dal momento in cui questa viene inflitta, in conformità delle disposizioni della sezione seconda del capo secondo del titolo del godimento e della perdita dei diritti civili. **

SOMMARIO

I. Che importa l'apertura delle successioni. Quando ha luogo. Differenza in ciò tra il dritto francese e il romano.

II. Caso in cui giova conoscere il preciso momento della morte dell'individuo.

III. Passaggio ai seguenti articoli.

I. — 22. Chiamasi apertura di una successione la determinazione del dritto di coloro che vi sono chiamati: la loro speranza cambiata in un dritto reale, e la loro qualità di successori presuntivi in quella di veri successori. Nel momento adunque in cui apresi la successione bisogna riunire le condizioni volute dalla legge onde essere erede; colui che un momento pria dell'apertura ne mancherebbe o le avrebbe un momento dopo, non sarebbe erede; un solo avvenimento apre la successione d' un individuo: la sua morte, naturale o civile (1).

* Le nostre leggi civili abolita, come si sa, la morte civile, riferirono alla pena dell'ergastolo pressochè i medesimi effetti che da quella derivavano; onde l'art. 638 che corrisponde al francese 718, venne così formolato: « Le successioni si aprono per la morte naturale, o per condanna portante la privazione dei dritti civili » cioè per la pena dell'ergastolo conforme l'art. 16 delle leggi penali.

Oramai anche in Francia colla legge del 31 maggio 1854, promulgata il 3 giugno, è stata abolita la barbara istituzione della morte civile, contro la quale protestarono di continuo e colla penna e colla parola sommi scrittori ed oratori. Eccovi il testo della legge:

Art. 1. La morte civile è abolita.

Art. 2. Le condanne a pene afflittive perpetue producono la degradazione civica e la interdizione legale stabilita dagli art. 28, 29 e 31 del Codice penale.

Art. 3. Il condannato ad una pena afflittiva perpetua non può disporre nè di tutti o parte dei suoi beni, per donazione fra vivi o per testamento, nè ricevere a questo titolo se non per causa di alimenti.

È nullo ogni testamento fatto da lui prima della sua condanna in contraddittorio, divenuta diffinitiva.

Il presente articolo non si applica al condannato in contumacia che dopo i cinque anni successivi alla esecuzione in effigie.

Art. 4. Il Governo può rilevare il condannato ad una pena afflittiva perpetua di tutte o parte delle incapacità pronunziate dal precedente articolo.

Può accordargli lo esercizio, nel luogo di esecuzione della pena, dei dritti civili, o di alcuni di essi, di cui è stato privato per lo stato di interdizione legale.

Gli atti fatti dal condannato nel luogo di esecuzione della pena, non possono obbligare i beni ch' egli possedeva al giorno della sua condanna, o che gli sono deferiti a titolo gratuito, dopo quel tempo.

Art. 5. Gli effetti della morte civile cessano per l' avvenire quanto ai condannati in questo punto morti civilmente, salvo i dritti acquistati dai terzi.

Lo stato di questi condannati è regolato dalle disposizioni precedenti.

Art. 6. La presente legge non è applicabile alle condanne alla deportazione per reati commessi prima della sua promulgazione.

** L'art. 639 delle ll. civili è così scritto: « La successione per condanna portante la privazione dei dritti civili è aperta dal momento in cui questa viene inflitta; in conformità delle disposizioni delle Sezione II. del capitolo II. delle privazioni dei dritti civili, lib. I. tit. I ».

(1) Abbiamo visto nel tomo I. che le condanne in contraddittorio producono la morte civile dal giorno della loro esecuzione tanto reale che in effigie, e le condanne in contumacia dopo cinque anni successivi all' esecuzione. Abbiamo egualmente visto, notando sul proposito l'errore di Duranton, che allo spirar dei cinque anni hanno luogo lo scioglimento del matrimonio e la facoltà di contrar-

In Roma non aprivasi precisamente alla morte del defunto la successione *ab intestato*. bensì al momento in cui accertavasi che ci non avrebbe erede testamentario. Bisognando che l'erede fosse almeno concepito alla morte del defunto, la riunione di questi principii conduceva alle volte a risultati che la ragione non potrebbe approvare, e che il nostro articolo 718(638 M) rende per avventura impossibili ad effettuirsi fra noi. Muore Pietro lasciando l'unico figlio Paolo, e nel testamento istituisce uno straniero. Da lì a sei mesi, Paolo morendo lascia incinta la moglie; di poi l'istituito rinunzia la successione. Il figlio di Paolo nipote di Pietro non avrà (in Roma) la successione del suo avo. Ei non può aversela come erede di Pietro, non essendo nè anche concepito quando moriva Pietro; ei non può nè anche aversela come erede di Paolo suo padre, allegando averla questi raccolto pria di morire, essendo Paolo morto pria che la successione si fosse aperta. Il fanciullo sarebbe dunque privato dei beni dell'avo suo.

Da noi questo iniquo risultamento non può aver luogo, poichè la legittima successione avverandosi sempre alla morte, Paolo l'avrebbe raccolta pria di morire e trasmessa al proprio figlio nella sua.

II.—23. Sovente non rileva conoscere l'istante preciso in cui un individuo è morto. Quando l'erede presuntivo di una persona è sopravvissuto lungo tempo, non importa il momento preciso in cui quella moriva. Così avvenuta la morte di mia madre il dì 10 gennaro 1842, ed avendo io unico figlio e solo erede dopo alquanti giorni domandato la sua successione, non serve che ella sia morta ad un'ora del mattino o a mezzodì, o alle quattro della sera; perchè in tutti i casi io senza dubbio esisteva quando ella moriva, e per conseguente raccoglieva la sua successione.

Ma allorchè l'erede presuntivo è morto quasi ad un tempo che il suo autore, riesce di molta importanza determinare il momento della morte di essi; così se Pietro ha per solo erede presuntivo Paolo cugino paterno e Giacomo cugino materno, essendo morti lo stesso giorno Pietro e Paolo, giova conoscere chi dei due sia morto prima. Difatti se Pietro è morto prima di Paolo, costui ha raccolto la metà della successione e trasmessala a' suoi parenti: mentre se fosse preceduta la morte di Paolo, la successione intera di Pietro sarebbe di Giacomo cugino materno. Che se Paolo cugino paterno di Pietro ed unico parente gli sopravvivesse, avrà la intera successione; dove se prima fosse morto, la successione passerà o alla vedova di Pietro o se questi non avesse moglie, allo Stato. Bisogna di necessità esistere nel momento della apertura della successione (art. 725 (646)).

III.—24. Decideranno i tribunali, essendo una mera quistione di fatto, il momento in cui è morto ognuno di quelli della di cui sopravvivenza si contende, e in tutti i casi, secondo le prove testimoniali, e mancando le pruove sicure, secondo le presunzioni risultanti da tutte le circostanze (art. 1332 (1307) (1).

Del rimanente vi ha un caso speciale in cui il Codice nota ed innalza a presunzioni legali le probabilità che dovranno prevalere; cioè quando le persone chiamate a succedere reciprocamente sieno morte nello stesso avvenimento. La è questa la famosa materia dei commorienti *de commorientibus*, trattata sì ampiamente dagli antichi scrittori, e forma l'obbietto dei tre articoli seguenti.

ne un altro, Alle decisioni da noi citate allo art. 227(216 M) e che riformano questo principio. bisogna aggiungerne una delle camere riunite della Corte di Rennes del 5 giugno 1851 (Dev., 51, 2, 341).

(1) Abbiamo veduto sotto l'art. 79 (84) che chi pretendesse non essere esatto il momento indicato in un atto di morte non sarebbe obbligato di impugnare questo atto col mezzo pericoloso e difficile della iscrizione in falso. Essendo quella una semplice testimonianza potrebbe essere combattuta e distrutta come qualunque altra deposizione di testimoni (Ved. la spiegazione degli art. 45 e 79 (47 e 84)).

720 (641 M). — Se più persone rispettivamente chiamate alla successione l' una dell' altra, periscono per uno stesso infortunio, senza che si possa scoprire quale fra di esse sia premorta, la presunzione della sopravvivenza è determinata dalle circostanze di fatto, ed in mancanza di queste, dal vigore della età o del sesso.*

721 (642). — Se coloro che perirono insieme, avevano meno di anni quindici, si presume che sia sopravvissuto il più avanzato in età.

Se erano tutti maggiori di sessant'anni, si presume che sia sopravvissuto il men vecchio fra essi.

Se gli uni avevano meno di quindici anni, e gli altri più di sessanta, si presume che sieno sopravvissuti i primi.

722 (643). — Se coloro che perirono insieme, avevano compito l' età di anni quindici, e non oltrepassavano quella dei sessanta, quando vi sia eguaglianza di età, o quando la differenza non ecceda di un anno, si presumerà sempre che sia sopravvissuto il maschio.

Se essi erano dello stesso sesso, la presunzione di sopravvivenza che dà luogo all' apertura della successione, dee ammettersi secondo l' ordine naturale: e quindi il più giovine si presume sopravvissuto al più vecchio.

SOMMARIO

I. Quando più individui eredi reciprocamente l'uno dell'altro muojono nello stesso infortunio. Tre regole: 1° se è certa la sopravvivenza dell'uno si dà a lui la successione secondo il dritto comune; 2° se è resa probabile dalle circostanze di fatto si dà anche a lui la successione secondo il dritto comune.

II. 3° Se manca la certezza e la probabilità, bisogna applicare le presunzioni legali stabilite da' nostri articoli.

III. Quest'ultima regola che al dritto comune fa eccezione, non può applicarsi più quando non si è nei termini della legge. Si segue allora la regola dell'art. 135 (141).

IV. Si rientra nel dritto comune quando riesce impossibile riconoscere la differenza di età su cui fondasi la presunzione. Errore di Chabot, Delvincourt e Duranton. — Dottrina strana di Toullier disdetta da Duvergier.

V. Così ancora non si applicano queste presunzioni a coloro che non sono morti nello stesso infortunio. Ritorna allora il dritto comune. Errore di Chabot.

VI. Nè si applicano quando le persone morte nello stesso avvenimento non fossero chiamate a succedere reciprocamente. *Errore di Duranton.*

VII. Continuazione della stessa idea.

VIII. Esse non si applicano nemmeno nel caso di testamento. — Errore di Toullier. — Tocca ai rappresentanti del legatario provare la sopravvivenza di costui.

IX. Nè si applicano finalmente nel caso di donazione sia dei beni presenti con la clausola del ritorno per la premorienza del donatario, sia dei beni futuri. Nel primo caso i rappresentanti del donante bisogna provino la premorienza del donatario. — Nel secondo è obbligo de' rappresentanti del donatario di giustificare la sua sopravvivenza. Errore di Chabot.

X. Si applicano esse ai successori regolari ed agli eredi propriamente detti.

XI. Possono essere invocate da qualunque rappresentante del superstite.

XII. Quid se più persone siano ad un tempo colpite da morte civile?

XIII. Osservazione generale.

I. — 25. Allorchè due persone (potrebbero essere di più) fra le quali dibattesi la quistione di sopravvivenza, sieno rispettivamente chiamate alla successione l'una dell' altra, e morte nello stesso infortunio, la legge determina tre regole sussidiarie l' una dell' altra per il deferimento della loro successione.

* Nell'articolo 641 appresso le parole *periscono per uno stesso infortunio*, fu aggiunto, *inclusa anche la guerra e la peste*, nei quali casi si applicano pure le presunzioni di sopravvivenza.

In Roma non aprivasi precisamente alla morte del defunto la successione *ab intestato*, bensì al momento in cui accertavasi che ci non avrebbe erede testamentario. Bisognando che l'erede fosse almeno concepito alla morte del defunto, la riunione di questi principii conduceva alle volte a risultati che la ragione non potrebbe approvare, e che il nostro articolo 718 (638 M) rende per avventura impossibili ad effettuirsi fra noi. Muore Pietro lasciando l'unico figlio Paolo, e nel testamento istituisce uno straniero. Da lì a sei mesi, Paolo morendo lascia incinta la moglie; di poi l'istituito rinunzia la successione. Il figlio di Paolo nipote di Pietro non avrà (in Roma) la successione del suo avo. Ei non può aversela come erede di Pietro, non essendo nè anche concepito quando moriva Pietro; ei non può nè anche aversela come erede di Paolo suo padre, allegando averla questi raccolto pria di morire, essendo Paolo morto pria che la successione si fosse aperta. Il fanciullo sarebbe dunque privato dei beni dell'avo suo.

Da noi questo iniquo risultamento non può aver luogo, poichè la legittima successione avverandosi sempre alla morte, Paolo l'avrebbe raccolta pria di morire e trasmessa al proprio figlio nella sua.

II. — 23. Sovente non rileva conoscere l'istante preciso in cui un individuo è morto. Quando l'erede presuntivo di una persona è sopravvissuto lungo tempo, non importa il momento preciso in cui quella moriva. Così avvenuta la morte di mia madre il dì 10 gennaro 1842, ed avendo io unico figlio e solo erede dopo alquanti giorni domandato la sua successione, non serve che ella sia morta ad un'ora del mattino o a mezzodì, o alle quattro della sera; perchè in tutti i casi io senza dubbio esisteva quando ella moriva, e per conseguente raccoglieva la sua successione.

Ma allorchè l'erede presuntivo è morto quasi ad un tempo che il suo autore, riesce di molta importanza determinare il momento della morte di essi; così se Pietro ha per solo erede presuntivo Paolo cugino paterno e Giacomo cugino materno, essendo morti lo stesso giorno Pietro e Paolo, giova conoscere chi dei due sia morto prima. Difatti se Pietro è morto prima di Paolo, costui ha raccolto la metà della successione e trasmessala a' suoi parenti: mentre se fosse preceduta la morte di Paolo, la successione intera di Pietro sarebbe di Giacomo cugino materno. Che se Paolo cugino paterno di Pietro ed unico parente gli sopravvivesse, avrà la intera successione; dove se prima fosse morto, la successione passerà o alla vedova di Pietro o se questi non avesse moglie, allo Stato. Bisogna di necessità esistere nel momento della apertura della successione (art. 725 (646)).

III. — 24. Decideranno i tribunali, essendo una mera quistione di fatto, il momento in cui è morto ognuno di quelli della di cui sopravvivenza si contende, e in tutti i casi, secondo le prove testimoniali, e mancando le pruove sicure, secondo le presunzioni risultanti da tutte le circostanze (art. 1332 (1307) (1).

Del rimanente vi ha un caso speciale in cui il Codice nota ed innalza a presunzioni legali le probabilità che dovranno prevalere; cioè quando le persone chiamate a succedere reciprocamente sieno morte nello stesso avvenimento. La è questa la famosa materia dei commorienti *de commorientibus*, trattata sì ampiamente dagli antichi scrittori, e forma l'obbietto dei tre articoli seguenti.

ne un altro, Alle decisioni da noi citate allo art. 227 (216 M) e che riformano questo principio, bisogna aggiungerne una delle camere riunite della Corte di Rennes del 5 giugno 1851 (Dev., 51, 2, 341).

(1) Abbiamo veduto sotto l'art. 79 (84) che chi pretendesse non essere esatto il momento indicato in un atto di morte non sarebbe obbligato di impugnare questo atto col mezzo pericoloso e difficile della iscrizione in falso. Essendo quella una semplice testimonianza potrebbe essere combattuta e distrutta come qualunque altra deposizione di testimoni (Ved. la spiegazione degli art. 45 e 79 (47 e 84)).

720 (641 M). — Se più persone rispettivamente chiamate alla successione l' una dell' altra, periscono per uno stesso infortunio, senza che si possa scoprire quale fra di esse sia premorta, la presunzione della sopravvivenza è determinata dalle circostanze di fatto, ed in mancanza di queste, dal vigore della età o del sesso.*

721 (642). — Se coloro che perirono insieme, avevano meno di anni quindici, si presume che sia sopravvissuto il più avanzato in età.

Se erano tutti maggiori di sessant'anni, si presume che sia sopravvissuto il men vecchio fra essi.

Se gli uni avevano meno di quindici anni, e gli altri più di sessanta, si presume che sieno sopravvissuti i primi.

722 (643). — Se coloro che perirono insieme, avevano compito l' età di anni quindici, e non oltrepassavano quella dei sessanta, quando vi sia eguaglianza di età, o quando la differenza non ecceda di un anno, si presumerà sempre che sia sopravvissuto il maschio.

Se essi erano dello stesso sesso, la presunzione di sopravvivenza che dà luogo all' apertura della successione, dee ammettersi secondo l' ordine naturale: e quindi il più giovine si presume sopravvissuto al più vecchio.

SOMMARIO

I. Quando più individui eredi reciprocamente l'uno dell'altro muojono nello stesso infortunio. Tre regole: 1° se è certa la sopravvivenza dell'uno si dà a lui la successione secondo il dritto comune; 2° se è resa probabile dalle circostanze di fatto si dà anche a lui la successione secondo il dritto comune.

II. 3° Se manca la certezza e la probabilità, bisogna applicare le presunzioni legali stabilite da' nostri articoli.

III. Quest'ultima regola che al dritto comune fa eccezione, non può applicarsi più quando non si è nei termini della legge. Si segue allora la regola dell'art. 135 (141).

IV. Si rientra nel dritto comune quando riesce impossibile riconoscere la differenza di età su cui fondasi la presunzione. Errore di Chabot, Delvincourt e Duranton. — Dottrina strana di Toullier disdetta da Duvergier.

V. Così ancora non si applicano queste presunzioni a coloro che non sono morti nello stesso infortunio. Ritorna allora il dritto comune. Errore di Chabot.

VI. Nè si applicano quando le persone morte nello stesso avvenimento non fossero chiamate a succedere reciprocamente. *Errore di Duranton.*

VII. Continuazione della stessa idea.

VIII. Esse non si applicano nemmeno nel caso di testamento. — Errore di Toullier. — Tocca ai rappresentanti del legatario provare la sopravvivenza di costui.

IX. Nè si applicano finalmente nel caso di donazione sia dei beni presenti con la clausola del ritorno per la premorienza del donatario, sia dei beni futuri. Nel primo caso i rappresentanti del donante bisogna provino la premorienza del donatario. — Nel secondo è obbligo de' rappresentanti del donatario di giustificare la sua sopravvivenza. Errore di Chabot.

X. Si applicano esse ai successori regolari ed agli eredi propriamente detti.

XI. Possono essere invocate da qualunque rappresentante del superstite.

XII. Quid se più persone siano ad un tempo colpite da morte civile?

XIII. Osservazione generale.

I. — 25. Allorchè due persone (potrebbero essere di più) fra le quali dibattesi la quistione di sopravvivenza, sieno rispettivamente chiamate alla successione l' una dell' altra, e morte nello stesso infortunio, la legge determina tre regole sussidiarie l' una dell' altra per il deferimento della loro successione.

* Nell'articolo 641 appresso le parole *periscono per uno stesso infortunio*, fu aggiunto, *inclusa anche la guerra e la peste*, nei quali casi si applicano pure le presunzioni di sopravvivenza.

Da prima se può conoscersi nel più chiaro modo e con certezza mercè testimonianze o altro, quale delle due sia morta prima, senza dubbio la sua successione sarà raccolta dall'altra che la trasmetterà colla sua successione di cui quella fa parte, ai suoi rappresentanti. Questa prima regola, applicazione del dritto comune, deriva per altro dall' articolo 720 (641 M) il quale dichiara doversi seguire le altre due regole, quando non si potrà riconoscere quale delle due sia morta prima. — Se riesce impossibile averne certezza, si dovrà stare alle presunzioni che dalle circostanze di fatto derivano; e questa seconda regola presentata formalmente dallo stesso articolo 720 (641 M), è pure applicazione del dritto comune. Così, allorchè un incendio ha cominciato dal basso di una casa, si deciderà che chi sia trovato morto nel suo letto in una delle stanze di un piano superiore sia morto dopo quello il cui cadavere si trovi nel pian terreno. — Che se in ultimo le circostanze non diano nè il certo nè il probabile sulla quistione della sopravvivenza, ha luogo allora la terza regola dei nostri articoli affatto eccezionale e peculiare al caso di cui si tratta; quindi non si avrebbe potuto applicare se la legge non lo avesse formalmente detto, nè potrebbe estendersi ai casi non previsti dai nostri articoli.

II. — 26. Ecco la teoria della legge in questa regola eccezionale. — Gli uomini sono divisi dal legislatore in tre classi, secondo che sieno al di sotto di quindici anni, fra i quindici e i sessanta, o sopra i sessanta.

Al di sotto di quindici, secondo la teoria del Codice, l'uomo è debole, ma si avanza ad acquistar forza per modo che se si tratti di due che sieno in questa classe, la più avanzata è la più forte e sopravvive. — Fra i quindici e i sessanta, l' uomo è nel vigore della sua forza, e la legge fà assegnamento d' una circostanza trasandata nelle altre classi, il sesso; il maschio è più robusto della femmina e le sopravvive, purchè sieno presso a poco della stessa età; che se la differenza sia di un anno fra le persone di diverso sesso, o se sieno di un sesso, è naturale che il più giovane sopravviva al più vecchio — Al disopra dei sessanta l' uomo ritorna allo stato di debolezza che va ognora più crescendo, ed egualmente il più giovane sopravvive al più vecchio. — Finalmente la debolezza del vecchio è maggiore di quella del fanciullo, onde la persona che conta più di sessanta anni si reputa morire prima di quella che ne ha meno di quindici.

La legge non ha preveduto due altri casi che niuna difficoltà presentano. Essa applica la sua teoria 1.° per la prima classe 2.° per la seconda, 3.° per la terza, 4.° per il concorso della prima colla terza; bisognava pure regolare il concorso della seconda 5.° colla prima, e 6.° colla terza. La decisione è semplicissima, perchè essendo la prima e terza classe le deboli e la seconda la robusta, gli è chiaro che chi si trovi fra i quindici e i sessanta anni dovrà sempre riputarsi essere sopravvissuto o al fanciullo o al vecchio.

III. — 27. Abbiamo detto che questa teoria del Codice, questo sistema di legali presunzioni forma una regola eccezionale che conseguentemente non può applicarsi oltre i casi dalla legge preveduti.

Così 1.° è impossibile conoscere quale fra due persone sia maggiore di età, e quale più giovane (noi supponiamo inoltre essere del medesimo sesso quando sono fra i quindici e i sessanta anni); — 2° o le due persone non sono morte nello stesso infortunio. — 3° o desse sono morte nello stesso avvenimento, ma solo una di esse era chiamata alla successione dell' altra senza reciprocanza; — 4.° o in fine le due persone morte nello stesso infortunio erano reciprocamente chiamate l' una all' altra non per successione ma per donazione. In tutte queste ipotesi siamo fuori il sistema delle presunzioni legali di sopra stabilite, e quindi torna l' applicazione dei princìpî del dritto comune che sono di facile evidenza.

La ragione vuole che chi prentende lo esercizio di un dritto dee provare di appartenergli. Onde se alcuno viene come

suoi reclamando i dritti che dice essersi aperti in vantaggio di tale che glieli abbia trasferito con la sua morte, bisogna giustifichi che costui oggi defunto abbia realmente raccolto quei dritti: p. e. trattandosi di una successione è mestieriche provi che colui per la morte di cui pretende aver conseguito il dritto, vivesse ancora quando quella successione si è aperta, *cioè* che sia sopravvissuto all' altro defunto, la di cui successione è voluta. Ciò vuole la ragione, ciò dicono assolutamente gli articoli 135 (141) per qualunque siasi diritto, e l'art. 136 (142) particolarmente per le successioni. Or nel caso speciale di successione chi deve fornire la prova della sopravvivenza ha due mezzi, l'uno sussidiario all' altro: 1.° la prova propriamente detta che ingenera *la certezza* del fatto allegato; 2.° la prova imperfetta o di secondo ordine che ingenera una *grande probabilità* del fatto, e che i giudici sono autorizzati a derivare da gravi precise e concordanti circostanze. (1353 (1307)).

Così per diritto comune il reclamante deve procacciare la certezza o almeno una grave probabilità della sopravvivenza di colui *che dicesi* erede di altri. A siffatta regola di *dritto* comune una eccezione fa la legge nei nostri articoli per un caso speciale; non avvenendo il quale si torna alla regola.

Secondo noi queste idee sono chiarissime e pure non tutti le ammettono. Ne faremo successivamente l' applicazione alle quattro ipotesi da noi indicate, accennando in ognuna di esse i vari errori a cui han dato luogo.

IV. — 28. E primamente quando vi ha *impossibilità* assoluta di distinguere il più giovane e il più vecchio di due individui morti nello stesso avvenimento, che si farà? — Due gemelli senza parenti e senza donatario o legatario universali, chiamati alla successione legittima l' uno dell' altro, periscono nello stesso letto in seguito di un incendio; nè i loro atti di nascita nè alcuna notizia accennano chi sia il maggiore, il primo uscito dalle viscere materne (1). Lasciando ciascuno di loro una vedova, gioverebbe sapere se l' uno sia sopravvissuto, perchè il superstite avrebbe raccolto la successione dell' altro e trasmessala come parte della propria alla sua vedova.

Ma ignorandosi chi sia il più giovane, nè potendo applicarsi la presunzione legale stabilita dai nostri articoli, in chi passeranno i beni? Semplicissima è la risposta e trovasi nell'art. 136 (142) che dice: « Aprendosi una successione alla quale sia chiamata una persona di cui non costi la esistenza, sarà devoluta esclusivamente a quelli coi quali essa avrebbe avuto il dritto di concorrere, o a coloro cui sarebbe spettata in sua mancanza ». Or non essendosi riconosciuto che Pietro, l'uno dei gemelli, fosse sopravvissuto a Paolo e vivesse ancora quando aprivasi la successione di Paolo, la successione dunque di quest'ultimo devolvesi a cui sarebbe spettata in mancanza di Pietro, cioè alla vedova di Paolo; parimente non essendo riconosciuto che a Pietro sia sopravvissuto Paolo, la successione del primo devolvesi alla sua vedova. Ciò vale che la successione di ognuno dei due fratelli sarà devoluta separatamente come se l' altro non fosse mai esistito, per forma che in luogo di una sola successione che comprenda i beni di entrambi e deferiscasi alla vedova del superstite, ve ne saranno due distinte che si devolveranno rispettivamente alle vedove dei due fratelli. — Di certo non applicasi la regola solamente ai due gemelli, ma a tutti i parenti chiamati a succedere l' uno all' al-

(1) La nascita e non il concepimento, come da alcuni si crede, determina l'età maggiore di due gemelli; la etimologia delle parole ciò insegna. Perchè *ainé* (primogenito) e *puiné* (secondogenito) sono sinonimi di più grande e meno grande; *ai-né* e *pui-né* significano nato avanti, nato dopo. — Ed in vero il fanciullo solamente colla nascita acquista la sua propria esistenza e forma realmente una persona in società: altronde la nascita è il solo avvenimento che non ha misteri per noi, e il conoscere se sia stato prima concepito il maggiore dei due gemelli, è quistione tanto incerta in medicina quanto vana in dritto.

tro. La successione di ognuno sarà sempre devoluta quasi l'altro non fosse stato mai vivo. Così se vi ha due cugini paterni che non abbiano parenti materni, di guisachè i parenti dell' uno non siano quelli dell' altro, la successione di Giacomo e quella di Andrea passeranno, l'una ai parenti di Giacomo, e l' altra a quelli di Andrea; non lasciando un di loro parenti legittimi nè figli naturali, nè conjuge superstite, nè donatario o legatario universale, la loro successione si devolverà allo Stato erede di quelli che altri non ne lasciano.

29. Non tutti professano questa dottrina; Chabot, Toullier (IV, 75) Delvincourt, e Duranton (VI — 52) credono che non potendosi stabilire la presunzione legale di sopravvivenza sulla differenza della età o del sesso, bisogna attenersi al vigore della complessione con decidere che sia sopravvissuto chi era in generale considerato più robusto. Questi autori (eccettone Toullier) si fondano nella idea che vi sia *necessità* di diffinire la quistione con una qualunque presunzione, e che in mancanza di quella legale, *bisogna* cercarne un' altra.

Noi non potremmo adottare la loro sentenza. E dapprima la supposta necessità di una presunzione secondo il detto da noi non è che una parola; perchè il deferire separatamente due successioni non è più malagevole del deferirne una. Da un' altra mano, la legge ha fatto assegnamento sulle differenze di sesso e di età, perchè evidenti; non ha fatto conto della differenza di vigore, di complessione, perchè spesso non si può apprezzare, e ben di raro porge veri risultamenti. Ancora, e con ciò è tolto ogni discutere, la nostra dottrina è stata formalmente professata nella discussione dei nostri articoli. Difatti una frase che nel progetto del Codice seguiva i nostri articoli e che ne fu tolta, proponendolo Thibaudeau, perchè presentava una regola di *dritto comune*, inutile ad esprimersi, diceva; « Ignorandosi assolutamente chi sia il più grande, la successione di ognuno di loro devolvesi come se l' altro non fosse mai esistito ».

E nel sistema che reputa necessario determinare sempre un superstite onde non deferire mai due successioni, che avverrà se i due individui della stessa età e dello stesso sesso non presentino una sensibile differenza di forze?.. Dei riferiti quattro articoli niuno parla di questo caso e ciò in vero è più comodo. Che diviene dunque la loro pretesa necessità di adottare sempre una qualche presunzione ed aver sempre un superstite?... Per altro non è forse possibile la morte simultanea di due persone? Due fratelli colti da un temporale in mezzo ai campi mentre si ricoverano sotto un grande albero, non possono essere colpiti insieme dal fulmine e morire alla stessa ora? Or se sorge da testimonianze che essi siano stati fulminati senza alcuno intervallo fra la morte dell' uno e dell' altro, sarà forza non discorrere di sopravvivenza e deferire separatamente la loro successione. Perchè dunque non sarebbe il medesimo, allorchè la sopravvivenza dell'uno non sia autorizzata nè da certezza nè da probabilità nè da alcuna legale presunzione?

Certamente se di due persone morte ad un tempo l' una fosse inferma o molto affievolita, potrebbe essere considerata questa circostanza onde ammettersi la premorienza di quella. Se non che non invocherebbesi come presunzione legale, ma come semplice circostanza *di fatto* che conferisce con altre circostanze a rendere probabile la premorienza.

30. Del rimanente, accolto il sistema da noi rigettato, non ostante il suo arbitrio e la formale esclusione presso il consiglio di Stato; ammesso che in mancanza della differenza di età o di sesso devesi nel silenzio della legge attribuire la sopravvivenza al più robusto dei due parenti, emerge chiaro doversi applicare questa regola senza riguardo ad età: il più forte non a questa o quella età, ma *sempre* dovrebbe dichiararsi superstite. Non comprendesi in vero che Toullier abbia potuto scrivere che il più forte si reputi sopravvissuto fra persone che han meno di quindici e più di sessanta anni, e che per lo contrario *presumerebbesi morto il primo* fra i quindici

e i sessanta (IV, 75).—Quando la legge determina la forza secondo l'età, deve vederne di più ora nel più giovane, ed ora nel più grande; a trenta anni ed anche di quattordici si è più forti di quello che a sei mesi, di trenta e di sessantuno anni più forti che di novanta. Ma essendovi medesimezza di età, cercasi subito il più forte, ed allora è strano assurdo decidere che in qualunque caso ha dovuto *perire il primo* appunto *perche è più forte!*—Toullier in nota cita a sostegno della sua dottrina Chabot il quale non fa pur cenno di tal singolare distinzione. Duvergier annotando Toullier ritiene la citazione di Chabot senza avvertirne la inesattezza; ma riconosce (nota a) la ragionevolezza della critica da noi fatta alla strana regola sulla *premorienza del più forte.*

V.—**31.** Si applicherà parimente il dritto comune (cioè che la successione delle due persone sarà deferita separatamente come se l' altra non fosse mai esistita) quando le due persone chiamate reciprocamente a succedersi non saranno morte nello stesso avvenimento. Così due fratelli o due cugini senza figli muojono tutti e due lo stesso giorno e alla stessa ora (o che vale il medesimo, si ignora il momento della morte dell'uno o di entrambi) ; ma sono morti non per lo effetto di uno stesso caso, ma di malattia, ovvero sono stati vittime di due diversi accidenti. Non permette allora la legge che si determini la sopravvivenza secondo la diversità degli anni o del sesso, perchè non essendosi dovuto lottare da quei due contro un comune assalto, riesce del tutto non rilevante la differenza delle forze.

32. Alcuni scrittori non ammettendo, come noi, di applicarsi in questo caso le presunzioni legali dei nostri articoli, vogliono applicarne un' altra. Chabot (sopra l' articolo 720 (641), Demante (II, 22 *in nota*)) ed altri credono che nella necessità di determinare l' ordine delle morti, deve sempre al più giovane attribuirsi la sopravvivenza, per la ragione che nella natura stessa è scritta la presunzione che sopravviva il più giovane, secondo viene assolutamente riconosciuto dall' ultimo paragrafo del nostro art. 722 (643).*

Se non che questo argomento non regge. E in prima abbiamo già osservato che la pretesa necessità di stabilire l' ordine delle morti a fin di deferire una sola successione, è parola vacua di senso; perchè il deferire due successioni separatamente è tanto facile quanto deferirne una. Ed ora sarebbe logica questa presunzione, che dicesi naturalissima della sopravvivenza, del più giovane? Conformerebbesi principalmente allo spirito del Codice?... Di certo la è cosa naturale scorgere nella differenza dell' età, se sia abbastanza notabile , una presunzione di sopravvivenza in prò del più giovane; se non che dessa è ragionevole *a priori* non mai *a posteriori*. Così è probabile, secondo l'ordine generale della natura, che un fanciullo di pochi mesi muora dopo il padre che ha più di trenta anni; ma quando è venuta la morte a rompere questa speranza colpendo nel medesimo giorno il padre e il figlio, è fuor di dubbio non esservi assolutamente ragione per supporre che il padre sia stato colpito prima del figlio. Ancora gli è certo non essersi ciò pensato dai compilatori, e ne fanno riprova per lo appunto i nostri articoli; perchè se nel loro spirito questa generale presunzione della sopravvivenza del più giovane avesse potuto essere sanzionata, non avrebbero ordinato il sistema delle diverse presunzioni in questi articoli esposto.

Havvi altronde una circostanza che deve cessare ogni dubitazione sul proposito. Difatti se i compilatori avessero considerato la sopravvivenza del più giovane come una regola generale da applicare a tutti i casi non previsti, l'ultimo paragrafo dell'art. 722 (643) sarebbe dunque stato la espressione di una idea semplicissima e avrebbe dovuto anche seguirsi se nel Codice non si

* Le nostre leggi civili nell'art. 640 che non ha corrispondenza nel Codice francese hanno detto: « Ignorandosi la morte di più persone si presume morta sempre la più avanzata in età ». Adunque la opinione di Chabot si è da noi adottata in conformità della L. 9 , § 4, Dig. (XXXIV , 5., *De rebus dubiis*).

trovasse scritta. Ma la cosa non è così, ed eccone la prova: nel progetto l' art. 722 (643) comprendeva il primo dei due paragrafi che oggi presenta, il secondo formava il seguente articolo con la frase dichiarativa che ignorandosi quale de' due fosse il maggiore, la successione di ognuno sarebbe deferita come se l' altro non fosse mai esistito. Or quando si venne a discutere questo articolo, oggi soppresso, il Consiglio, cancellata la seconda frase come inutile e indicante una regola di dritto comune, curava di conservare, la prima riportandola nel precedente articolo dove oggi è (Fenet, XII, p. 6, 8). Dunque questa idea non tenevasi di dritto comune.

E in effetto onde presumere la sopravvivenza di una delle persone che si sa esser morte nello stesso punto, bisogna fondarsi sulla supposizione di una più grande energia, di una più forte vitalità; or se a contare da una certa età vi è maggiore vitalità ed energia nel più giovane, al di sotto di quella non è forse il contrario? il fanciullo di pochi mesi non ha evidentemente meno vita e salute del giovane di venticinque anni? Dunque se si volesse giocare di arbitrio, gioverebbe ancora riprodurre meglio il sistema del Codice della regola generale propostaci. Senza alcun dubbio ciò non sarebbe logico, perocchè le due persone non lottavano contro una medesima causa di distruzione, e quindi non avea più luogo la norma comune; ma in fine sarebbe meno sragionevole della idea che vuolsi aggiungere a quella del Codice. Il quale ciò che potea fare ha fatto: ha dettato presunzioni fino a tanto che su ragionevoli basi poteva farsi un paragone ; quando quelle gli sono mancate, si è fermato: con qual dritto andremo noi più in là da lui?

A sostenere la idea da noi rigettata invocano in ultimo l' analogia di una legge del 20 pratile anno IV, la quale vuole che nel caso di esecuzione a morte di più persone chiamate a succedersi, in mancanza di prova, il più giovane si reputi essere stato morto il primo. Ma in questo caso per una ragione particolare determinavasi la sopravvivenza, essendo *certo* che le successioni non si sono aperte nel medesimo tempo, e che l' uno dei condannati è sopravvissuto, perchè i condannati si giustiziano successivamente.

Essendo allora certa la sopravvivenza dell' uno (il che negli altri casi non avviene) era naturale, mancando le prove, attribuirla al più giovane; tanto più che non potrà essere un fanciullo di tenera età, non potendosi condannare nel capo i minori di sedici anni (C. pen. art. 66 e 67 *). Adunque da questa regola particolare non può derivarne una generale, che la legge non sanziona nè doveva sanzionare; anzi se il legislatore avesse considerato quella norma acconcia a tutti i casi possibili, non avrebbe espressamente dettato una legge per la specialità del caso di cui trattiamo.

VI. — 33. Nè manco potremmo ammettere, come fa Duranton (VI, 45 e 46), che le presunzioni dei nostri articoli debbano applicarsi alle persone morte nello stesso avvenimento, essendo l'una di esse solamente chiamata a succedere all'altra senza reciprocanza.

Si suppongano tre cugini germani, Primo Secondo e Terzo; Primo ha un figlio, Secondo non ne ha (nè di Primo e Terzo ha più stretti parenti) periscono nello stesso infortunio, non porgendo le circostanze nè certezza nè probabilità che l' uno sia al- l' altro sopravvissuto. Se giudichiamo dovere applicare i nostri articoli, di conseguenza Primo, essendo più giovane di Secondo, si reputa essergli sopravvissuto, e poichè egli ha raccolto in metà la successione di Secondo, la farà passare colla sua propria al figlio, non avendone Terzo che l' altra metà; se per lo incontro applichiamo il dritto comune, non essendo giustificato

* Per le nostre leggi penali i soli parricidi saran puniti colla morte, compiuto il loro anno sedicesimo (art. 66, p. ult.). Quando il colpevole abbia compiuto l'anno quattordicesimo, ma non sia giunto alla età di diciotto anni, allora alla morte, all'ergastolo, ed al quarto grado dei ferri vien sostituito il terzo grado dei ferri nel presidio. (Articolo 66, p. 1).

che Primo sia sopravvissuto, sarà dichiarato non aver raccolto la successione di Secondo che passerà intera a Terzo. — Ora è senza dubbio da accogliere questa seconda idea, dacchè la uguale presunzione è ammessa per le persone *rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra.*

Se non che si dice non dover far conto della parola *rispettivamente*; perchè la legge non ha avuto ragione di respingere, nella ipotesi della non reciprocanza, la presunzione da lei creata per la ipotesi contraria. N' è facile la risposta; perchè quando pure il legislatore non avesse avuto alcun motivo di restringere al caso preveduto le presunzioni, non avremmo il dritto di estenderla, non dovendo noi giudicare e modificare la legge, ma solo interpretarla. Ma il motivo della differenza era, che la presunzione avrebbe avuto minori vantaggi ed effetti nel caso di non reciproca chiamata.

E in vero quando vi è reciprocanza, l'applicazione della presunzione legale renderà sempre e molto più semplici i calcoli riunendo in una tutte le successioni: in cambio di due, vi saranno tre quattro o assai più eredi, e quello di essi che si presumerà sopravvissuto, avrà raccolto tutti i beni nella unica sua successione che sarà la sola a deferire. Al contrario se le persone non sono chiamate a succedersi reciprocamente, la presunzione legale di sopravvivenza non arrecherebbe alcun cambiamento, od uno appena sensibile. Così allorchè quattro fratelli tre de' quali abbiano figli muoiano nello stesso infortunio, attribuiscesi la sopravvivenza a chi non ne ha, e vi saranno sempre a deferire quattro successioni separate come se la presunzione non esistesse; che se la presunzione lo facesse morire secondo o terzo, il deferimento delle successioni si troverebbe più implicata di quello che non fosse nel difetto della presunzione. Or trattandosi di una presunzione che sarà quasi sempre contraria alla realtà dei fatti (come confessa lo stesso Duranton) il legislatore doveva ammetterla in quanto vi era alcuna utilità a farlo (conf. Parigi 30 nov. 1850: J. P. 1851. I, 125).

VII.—34. Duranton (n.° 46) dettando la dottrina da noi censurata pare sia preso dall'idea che noi di sopra confutammo intorno alla pretesa *necessità* di una presunzione.

Egli suppone che due fratelli, uno de'quali lasci un figlio, periscano nello stesso caso, nulla essendovi che renda certa o probabile la sopravvivenza dell'uno; e crede che il fanciullo, figlio di un defunto e nipote all'altro, non avrebbe come raccogliere la successione dello zio, se non se supponendo la sopravvivenza dell' uno e dell'altro. Secondo lui, il figlio non ha che due mezzi per avere la successione dello zio, cioè: 1° di raccoglierla come parte della paterna (ma per questo bisogna che sia presunta la sopravvivenza del padre) 2° o di rappresentare il padre (ma in questo caso bisognerebbe fosse sopravvissuto lo zio, perchè non si possono rappresentare che le persone morte prima di quella della di cui successione si contende).

Ma questo è grave errore, potendo il fanciullo raccogliere i beni dello zio senza pretendere che sieno entrati nella successione del padre, ed anche senza la rappresentanza di costui; egli li raccoglierà direttamente e per proprio diritto, essendo il più prossimo parente di cui costi la esistenza alla morte dello zio. Egli dirà appoggiandosi all' art. 136 (142); non essere riconosciuto, che mio padre, erede presuntivo dello zio, ancora esistesse quando la successione di costui si è aperta; dunque la successione è devoluta a chi dovrebbe raccoglierla in difetto di mio padre, cioè all' erede più prossimo dopo lui, che sono io per lo appunto. Non essendo nè giustificata nè legalmente presunta la sopravvivenza dell' uno dei due fratelli, in questo caso si aprono nello stesso tempo due successioni distinte e indipendenti, alle quali è chiamato lo stesso fanciullo. — E siccome questi può accettar l'una rinunziar l'altra, inciampa Duranton in un altro errore, conseguenza del primo, dicendo che il fanciullo se non sia sopravvissuto lo zio, non può raccogliere la pingue successione di lui, non raccogliendo pure quella supposta non buona

del padre. Il motivo a cui sempre torna è questo, che supponendo la morte simultanea dei due fratelli, non *sarebbe da ammettere la rappresentazione!...* Dio mio che c' entra qui la rappresentazione? Di certo il fanciullo non può succedere all'uno rappresentando l'altro, perchè entrambi son morti ad un tempo, ma succederà di proprio diritto. E quanto alle due successioni apertesi ad un tempo e dipendenti l'una dell' altra, perchè non potrebbe dirvi : io prendo questa, nonvoglio quella?... Fa maraviglia che Duranton e molti altri abbiano potuto non cogliere una idea proclamata dai principi della logica, sanzionata espressamente e dalla regola generale dell'articolo 135 (141) e dalla speciale dell'articolo 136 (142), che è stata scritta nel progetto del Codice, e dal consiglio di Stato cancellata , come inutile e significante una regola di dritto comune.

35. Nè solamente quando uno dei due defunti lasci più prossimi parenti di quello che sia morto con esos lui, come nella ipotesi dei due fratelli dall' uno dei quali si lasci un figlio, non solamente dico in questo caso costa la reciprocanza e quindi havvi applicazione dei nostri articoli: ma ancora quando l'uno dei due lasci un successore di sua scelta, il quale dalla successione deve escludere l' altro. Così quando di due fratelli senza congiunti il maggiore ha scritto nel suo testamento un legatario universale, senza dubbio egli era chiamato sempre a succedere all'altro più giovane, mentre questi non dovea più a lui succedere; non erano dunque chiamati rispettivamente nè si potrebbero più applicare i nostri articoli.

E in vero se si credesse sufficiente la chiamata della legge allorchè deve riuscire inefficace per la volontà dell'uomo, ne conseguiterebbe doversi applicare i nostri articoli fra due fratelli o due cugini che lascino tutti e due un legatario universale; essendo entrambi rispettivamente l' uno dell' altro eredi secondo la legge. Or come potrebbe determinarsi la sopravvivenza fra due persone che hanno nominato ognuno il suo successore, di tal che l' uno non abbia dritto alla successione dell' altro? Ma onde cessare per questo motivo l'applicazione dei nostri articoli bisogna che il successore eletto dall'uno dei defunti o da ognuno di loro escluda affatto gli eredi, perchè se questi ad una parte della successione fossero sempre chiamati, si applicherebbero i nostri articoli per questa parte. Così un padre ed un figlio morti nello stesso avvenimento, senza che si sappia chi sia stato l' ultimo, lasciano ognuno un legatario universale: essendo il padre erede legittimario del figlio perchè ha dritto ad una quarta parte che il figlio non può togliergli (915 (831)) ed essendo il figlio erede legittimario del padre per una metà di cui questi non ha potuto disporre (913 (829)) ne segue che i due legatari hanno solamente dritto, quello del padre alla metà della successione ed a tre quarte parti quello del figlio; i due defunti erano adunque rispettivamente chiamati a succedersi l'uno in metà, l' altro in un quarto, ed è forza applicare i nostri articoli.

VIII. — 36. In quarto ed ultimo luogo non possono applicarsi le nostre presunzioni, sebbene avvisino altrimenti alcuni scrittori e massime Toullier (IV-78), al caso di donazione fra vivi o per testamento.

E ciò è chiaro, non essendovi disposizione di legge che alle donazioni applichi la regola eccezionale che per le successioni han fermato i nostri articoli.

Toullier discutendo la sua dottrina dice che due specie di successione ammette la legge, la legittima e la testamentaria, ad ambe le quali deve la regola applicarsi quando gli articoli non fanno distinzione di sorta. Aggiunge che non è questa la sola regola che bisogna riferire dal nostro titolo al seguente, e che il beneficio d'inventario (il quale come le nostre presunzioni può solo applicarsi agli eredi), può anche essere invocato nelle successioni testamentarie, sebbene sia scritto nel titolo delle successioni *ab intestato*. Ma adottando questo errore sconvolgesi tutta l' economia del Codice : l' idea del celebre scrittore vera in Roma e negli antichi paesi di dritto scritto, è oggidì del tutto falsa. Il dritto romano osservato in molte antiche provin-

cie ammetteva eredità testamentarie e legittime; ma il Codice rifermando il principio delle nostre antiche consuetudini riconosce solo successioni legittime. Di che è prova l'articolo 711 (632) e la divisione del nostro terzo libro i quali ci danno come maniere distinte di acquistare: 1° la *successione* che trattasi nel nostro primo titolo, 2° *la donazione* sia fra' vivi o per testamento che sarà svolta più appresso nel titolo secondo. I testi riuniti del Codice e ciò che fu detto nel discuterli non potrebbero su ciò lasciare alcun dubbio.

In effetto l'art. 723 (644) onde essere il disegno del nostro titolo e il quadro completo delle successioni regolari ed irregolari, indica 1° gli eredi legittimi propriamente detti; 2° i figli naturali, 3° il conjuge superstite; e 4° lo Stato: nè fa pur cenno dei legatari anche universali. Ancora, discutendone il consiglio di Stato, diceva il primo Console « provare questo ar- » ticolo che le disposizioni di questo titolo » si applicano solo alle successioni legit- » time » (Fenet XII. p. 9. *in fine*)... Di certo vi ha qui da applicare ad altre materie, quelle regole che non presuppongono il titolo di erede come quelle della divisione, le quali hanno luogo sempre che più proprietari si trovino in comunione. Ma quelle che presuppongono il titolo di erede si applicano solo alle successioni legittime.

Nella stessa tornata in cui si discusse l'art. 724 (645), il quale sanziona la *saisine* (cioè il legale investimento del possesso) degli eredi legittimi, Cambacérès sebbene approvasse l'articolo, voleva mutarne la forma, perchè accordando il possesso agli eredi legittimi e non parlando dei testamentari, sembrava negarlo a quest' ultimi, e pregiudicare in questo modo una non peranco soluta quistione. Ma fu combattuto con due ragioni che giustificano il vero della nostra dottrina.

Si disse prima: « che un tempo nei paesi di dritto scritto la successione testamentaria era ammessa e posta anche in primo luogo; che per lo incontro nei paesi consuetudinari la qualità era sempre deferita dalla legge; che il Codice civile a far cessare questa differenza aveva stimato opportuno di preferire le abitudini dei paesi consuetudinari ». Si aggiunse: « che altronde questo titolo trattava solo delle successioni legittime; che di conseguenza dovesse differirsi la quistione al titolo delle Donazioni e dei Testamenti ». (Fenet, p. 9, 10).

E come potrebbe mai entrarci il beneficio d' inventario se vi fosse testamento? Il fine del beneficio d'inventario, come più avanti si vedrà, è di risparmiare allo erede il pagamento dei debiti di una eredità oltre il valore de' beni che la compongono; ma l'obbligo di pagare i debiti *ultra vires successionis* è soltanto imposto agli eredi propriamente detti; e si è da noi osservato che diversamente da Roma e dagli antichi paesi di dritto scritto, il nostro legislatore non ammette si facciano eredi per testamento. — La quale idea viene dal Codice indicata nel nostro titolo ed anche in quello delle donazioni. Dopo aver detto nell' art. 967 (892) che si attiene non alle parole, ma alle idee, che quindi i testamenti con qualsivoglia denominazione, anche con quella d'istituzione di erede, potranno disporre, dichiara nello art. 1002 (928) che qualunque termine siasi impiegato, anche quello d'istituzione di erede, la disposizione sarà sempre considerata un legato. I testamenti dunque appo noi non fanno eredi ma legatari. Così quando l' art. 1006 (932) in uno speciale caso accorda ai legatari universali il possesso *ipso jure* dei beni, si guardò dal dire per essi, come fa l'art. 724 (645) per gli eredi, ch' essi hanno il possesso coll' obbligo di pagare tutti i pesi. — In fine vedremo sotto l' art. 1002 (928) che desso è stato voluto dal Tribunato, e dal Consiglio ammesso, per far meglio intendere che gli effetti dal dritto romano attaccati al titolo di erede testamentario sono *del tutto distrutti*.

Dunque non vi sono altri eredi che quelli della legge, altra successione che quella *ab intestato*, e i nostri articoli possono applicarsi unicamente per la morte simultanea di più persone chiamate reciprocamente alla eredità legittima l' una dell' altra. Così quando Pietro e Paolo che mu-

tuamente si erano nominati legatari universali muoiono in uno stesso infortunio, ignorandosi chi sia morto il primo, ne avviene che, non giustificando i rappresentanti di Pietro la esistenza di lui quando moriva Paolo, rimanga inefficace il testamento di Paolo in prò di Pietro. Parimente coloro che Paolo rappresentano non giustificando di esser lui sopravvissuto a Pietro, non avrà effetto il testamento di quest' ultimo in favore di Paolo. Così i due testamenti saranno caduchi, ed i beni di Pietro e quelli di Paolo passeranno rispettivamente agli eredi *ab intestato* dell' uno e dell' altro (1).

IX. — 37. Non applicandosi le nostre presunzioni nel caso di testamento, non si applicheranno nemmeno per medesimezza di ragione nel caso di donazione.

Così se Pietro ha fatto a Paolo donazione fra vivi con stipulare il ritorno dei beni da lui donati, per la premorienza di Paolo, e muoiono entrambi nello stesso avvenimento, la sopravvivenza non sarà determinata secondo le presunzioni de' nostri articoli; spetterà ai rappresentanti di Pietro giustificare di essere lui sopravvissuto a Paolo, e quindi la proprietà dei beni essere al donante tornata. Mancando tal prova non avverasi la condizione del ritorno, e i beni passerebbero agli eredi o ad altri rappresentanti del donatario. — Nel caso anche d' una istituzione contrattuale non varranno le presunzioni nostre. Se non che, siccome allora il donante per tutta la sua vita rimane proprietario dei beni, i quali divengono solo proprietà del donatario o dei suoi figli se al donante sopravvivano, ne conseguita che diversamente dal caso precedente e conforme ciò che occorre pei testamenti, dovranno provare i rappresentanti del donatario che egli sia sopravvissuto, e non quelli del donante, che quegli sia premorto.

Chabot professa contraria dottrina (articolo 720 (641), n.° 7, § 10). Abusando dei termini dell' art. 1089 (1044) il quale dichiara caduca la istituzione se il donante sopravvive, egli vuole che essendo la sopravvivenza del donante la condizione della caducità, bisogna quindi che chi allega la caducità provi compiuta la condizione: ne seguirebbe che in difetto di prova i beni passerebbero ai rappresentanti del donatario. — Ma è questo un manifesto errore ben a ragione confutato da Duranton (VI — 49). Bisogna attenersi non alle parole, ma alle cose, alle idee; val tutt' uno che l'articolo 1089 (1044) abbia detto se il *donante sopravvive* o se il *donatario premuore*. Anche nel testamento al quale è rassomigliata la donazione dei beni futuri, si può ben dire esser caduca la disposizione *se sopravvive il testatore;* e pure non la sopravvivenza del testatore dovrà essere provata dal suo rappresentante, ma quella del legatario da chi lo rappresenta.

Lasciate dunque le parole, cogliamo il pensiero.

Mentre che vivono il donante ed il donatario, di chi è la proprietà? Del donante; dunque la donazione non ha per anco sortito il suo effetto; la sopravvivenza del donatario, o se si vuole il premorire del donante, deve far passare i beni al beneficato. Colui che reclama un dritto dee provarne la esistenza; ai rappresentati del donatario adunque, i quali pretendono i beni come a lui appartenuti, spetta giustificare che egli sia sopravvissuto.

X. — 38. In questo modo adunque non dovranno mai applicarsi le nostre presunzioni fra i donatari o di beni presenti o di beni futuri o per testamento, perchè non essendo eredi non sono chiamati alla *successione* nel senso della legge; bensì si applicheranno pei figli naturali e fra i conjugi. Costoro difatti sono successibili *ab intestato;* gli è vero che sono eredi imperfetti irregolari, ma insomma son chiamati alla successione della legge, come scorgesi dagli art. 723 e 724 (644 e 645) e dal seguente capitolo IV.

(1) Chabot (art. 720 (541), n° 7), Delvincourt, Merlin (*Rep.*, v. *Morte*, § 2, art. 2), Delaporte (articolo 827 (746)); Duranton (VI-48), Dalloz (*Succ.*, n° 12); Bordeaux, 29 gennaro 1849; Parigi, 30 novembre 1850 (Dev., 49, 2, 625; *J. P.*, 1851, 1, 125).

Così se un figlio naturale riconosciuto dal padre e senza prole, muoia insiememente col padre nello stesso avvenimento, siccome entrambi eran chiamati a succedere l' uno all' altro (art. 757, 758, 765 (674, 680, T)), saranno applicati i nostri articoli; così ancora se muoiano nello stesso infortunio due conjugi che non abbiano parenti in grado successibile, la loro successione si deferirà conforme i nostri articoli, perchè essi erano chiamati reciprocamente alla successione (art. 767 (683).

XI. — 39. Del rimanente se fra le diverse classi di successori importa fare distinzione per conoscere a quali defunti applicare le nostre presunzioni, non ce ne ha di certo quando bisogna determinare le persone alle quali le presunzioni dovranno approdare. Da che è riconosciuto doversi applicare le nostre presunzioni fra le persone defunte 1° perchè son morte nello stesso avvenimento, 2° per la reciproca chiamata alla successione *ab intestato* dell'una all'altra, 3° per non esservi prova dell' ordine delle morti; da che dico si applicano queste presunzioni onde il superstite sia legalmente noto, è aperto che le varie successioni riunite in quella sola del sopravvissuto passano ai successori *qualunque essi sieno* di costui.

Così, allorquando è legalmente presunto che Paolo sia sopravvissuto ed abbia riunito nella sua le varie successioni, non monta che i beni da lui lasciati debbono passare agli eredi legittimi propriamente detti o ai successori irregolari, o ai legatari o ai donatari di beni futuri, in tutti i quali casi lo avente-dritto, qualunque siane la qualità, potrà invocare il beneficio dei nostri articoli. E lo potranno parimente i creditori del superstite.

XII. — 40. Il fin qui discorso riguarda il caso di morte naturale, ma le successioni apronsi ugualmente per la morte civile, e può darsi anche qui la stessa impossibilità di determinare l' ordine delle morti civili di più persone. Abbiamo ricordato che la morte civile s' incorre o all' istante della esecuzione reale o per effigie nelle condannagioni in contraddittorio, o dopo i cinque anni a contare dalla esecuzione per effigie in quelle in contumacia (art. 26 e 27).

Ora in tutti i casi più condannati possono essere colpiti di morte civile, per forma da non potersi conoscere chi sia stato prima colpito. Così due fratelli fuggono dal carcere dopo essere stati condannati, in contraddittorio, alla morte, ai lavori perpetui o alla deportazione, ed entrambi son colpiti di morte civile con l' affissione fatta dal carnefice , o condannati in contumacia ad una di queste tre pene, sono incorsi nella morte civile dopo i cinque anni successivi alla affissione , o in fine han subìto entrambi una esecuzione reale ai lavori perpetui o alla deportazione. In questi vari casi l' intervallo fra la morte civile di ognuno dei due fratelli dipenderebbe da quello che intercede o fra l' apposizione dei due affissi o fra l' entrata di ogni condannato al bagno o nel luogo della detenzione che fa le veci della deportazione. Ma se gli affissi sieno stati posti ad un tempo, o pure un solo siasene pubblicato contenente la condanna di entrambi, o se due condannati sieno entrati ad un'ora nel bagno o nel luogo della detenzione, incorreranno ad un'ora nella morte civile e le due successioni si saranno aperte nello stesso tempo senza che alcuno abbia raccolto quella dell'altro. Indarno qui si applicherebbero le nostre presunzioni per attribuire le due successioni riunite in una sola al più giovane dei condannati; non essendo più il caso dei nostri articoli, e riuscendo di nessun rilievo il più o meno di forza di ognuno perchè non han dovuto combattere contro una causa comune di distruzione. Se dunque alla successione dei due fratelli che non lasciano parenti è chiamato il rispettivo conjuge, ognuno di questi prenderà la successione del conjuge suo.

41. Non parliamo qui della esecuzione reale di morte, in cui evvi ad un tempo morte civile e naturale. In questo caso è di certo secondo abbiamo già osservato , che l' uno dei condannati è morto prima dell'altro, e il legislatore, come si sa, ha stabilito una presunzione per questo caso speciale colla legge del 20 pratile anno IV.

Ignorandosi in questo caso l'ordine reale delle morti, si reputa sopravvissuto il più giovane.

XIII.—42. Nelle spiegazioni da noi date sopra questi articoli abbiamo supposto solamente *due persone* morte nello stesso avvenimento; ma si applicheranno le medesime regole se fossero tre o più ancora, perchè il sopravvissuto avrebbe sempre raccolto nella sua tutte le successioni e trasmessele ai suoi rappresentanti.

Così se nello stesso avvenimento periscano un padre di sessantun anno e tre figli l'uno di trenta, l'altro di venticinque e l'ultimo di quattordici, senza alcuno indizio di essere sopravvissuto l'uno o l'altro, essendo tutti chiamati a succedersi reciprocamente, si applicheranno le nostre presunzioni. Conseguentemente il padre si reputerà morto il primo, secondo il figlio di quattordici, terzo quello di trenta, ed ultimo infine quello di venticinque, il quale avrà raccolto le altre tre successioni e trasmessele con la sua di cui fan parte al suo rappresentante qualunque sia, erede, successore irregolare, legatario o altro.

Se non fossero reciprocamente chiamati tutti i defunti, p. e. se il figlio di trenta anni avesse figli per modo che egli fosse chiamato alla successione del padre e dei fratelli, e questi non alla sua, le presunzioni in questo caso avranno applicazione fra gli altri tre, e la successione del figlio di trenta anni governata dal dritto comune, sarà deferita separatamente conforme ciò abbiam detto al n. VI. Così fra le tre persone reciprocamente chiamate, il padre di sessantun' anno si riguarderebbe sempre morto il primo, poi il figlio di quattordici ed ultimo quello di venticinque, e le loro tre successioni riunite, passerebbero al rappresentante di questi; ma la successione di quello che avrebbe figli, sarebbe separata e dai suoi figli raccolta.

Se il figlio di venticinque anni, ultimo a morire fra i tre reciprocamente chiamati, abbia per più prossimi parenti i nati dal figlio primogenito, i suoi beni ugualmente si deferirebbero a costoro che prenderebbero distintamente 1° la successione del loro padre, 2° quella del loro zio di venticinque anni (che comprende le due altre dello zio di quattordici, e dello avo). Ma se il figlio presunto superstite lasci un parente più prossimo dei suoi nipoti, p. e. se oltre a' tre fratelli morti nello stesso infortunio ne vivesse ancora un quarto, questi prenderebbe tutti i beni lasciati dall' ultimo fratello defunto, e i figli dovrebbero contentarsi della sola successione del loro padre.

Invano tenterebbero essi di conseguire la loro quota cioè un quarto della successione dell'avo, perchè 1° non provando che il loro padre sia sopravvissuto all'avo, non possono allegare che egli abbia loro trasmesso il quarto di cui si tratta; 2° non provando nemmeno che il loro padre sia premorto all' avo, non possono quindi a questo succedere colla rappresentazione; nè in fine possono pur venire in proprio nome, essendo i tre zii più prossimi eredi di loro.

Nè pur potrebbero pretendere la metà della successione dell' ultimo zio morto. Pare a prima giunta che potrebbero dire: non ammettendosi nè la premorienza nè la sopravvivenza di nostro padre rispetto all' avo nostro, essi sono dunque considerati morti nello stesso tempo, *neuter altero supervixit* ; e da altra parte riconoscendosi che il nostro zio di venticinque anni sia sopravvissuto all'avo nostro, egli dunque è sopravvissuto a nostro padre, noi quindi possiamo succedergli rappresentando il padre e raccoglierne la metà, trasmettendo l' altra al fratello vivente. Ma noi non ammettiamo questo ragionare fondato sopra *una presunzione* di sopravvivenza; le presunzioni dei nostri articoli valgono solamente fra le persone chiamate a succedersi *reciprocamente*. Quanto ai figli di uno dei defunti son governati dal dritto comune, non essendovi reciproca chiamata fra il loro padre e gli altri; per essi adunque si considera essersi aperte nel medesimo punto le quattro successioni, ognuna delle quali viene deferita separatamente al più prossimo erede; or son dessi gli eredi più prossimi del loro padre; ma il fratello è l' erede più prossimo degli altri tre defunti.

2. — *Possesso immediato degli eredi.*

723 (644). — La legge regola l'ordine di successione fra gli eredi legittimi. In mancanza di questi, passano i beni ai figli naturali; quindi al conjuge superstite; ed in loro mancanza, allo Stato.

724 (645). — Gli eredi legittimi acquistano *ipso jure* il possesso de' beni, dei dritti e delle azioni del defunto, coll'obbligo di soddisfare a tutti i pesi ereditari. I figli naturali, il conjuge superstite, e lo Stato debbono farsi immettere in possesso giudizialmente ne' modi che verranno determinati.

SOMMARIO

I. Gli eredi si dividono in eredi perfetti e successori irregolari.
II. Duplice differenza tra queste due classi.
III. 1. Dell'investitura degli eredi legittimi.
IV. 2. Del loro obbligo di pagar tutti i debiti.

I.—43. La legge, come abbiamo già detto, riconosce qui due grandi classi di eredi: 1° gli eredi perfetti propriamente detti o successori regolari; 2° gli eredi imperfetti dal Codice chiamati successori irregolari (vedi la rubrica del cap. IV e l' art. 756 (674)).

Gli eredi legittimi, nel senso speciale della parola, sono i parenti legittimi del defunto; i successori irregolari sono i suoi figli naturali legalmente riconosciuti, il conjuge o in fine lo Stato. — Diciamo *nel senso speciale della parola* perchè l'espressione *eredi legittimi* ha un significato generico ed altro speciale. Nel primo dinota tutti i successori *ab intestato*, tutti i *legittimi*, cioè *a lege vocati*, in opposizione ai semplici legatari chiamati dalla volontà dell' uomo; nel senso ristretto e speciale indica gli eredi perfetti in contrapposto ai successori irregolari.

44. Sappiamo tutti che, alla morte di una persona, i suoi parenti legittimi non sono chiamati a succedere tutti nel medesimo tempo; primieramente la successione non estendesi oltre al dodicesimo grado (articolo 755 (673)); poscia i parenti successibili son chiamati con un certo ordine e secondo varie classi che danno la preferenza a questi su quelli, come vedremo nel cap. III. Esiste egualmente un ordine di chiamata fra i successori irregolari, fin da ora indicato dall' art. 723 (644): solo in mancanza di figli naturali passano i beni al conjuge del defunto; e quando non vi sieno nè figli naturali nè conjuge, si attribuiscono allo Stato.

45. Ma questo articolo 723 (644), preso in un senso assoluto, menerebbe in errore quando dice che i beni passano ai successori irregolari, in mancanza degli eredi legittimi. La proposizione è vera pel conjuge e per lo Stato, i quali nulla possono pretendere, fin che esiste un sol parente legittimo, che abbia le condizioni volute per succedere; ma sarebbe falsa pe' figli naturali, i quali in concorrenza degli eredi legittimi anche i più favorevoli, han sempre dritto ad una parte della successione (art. 757 (644)). I termini dell' art. 723 (673) sono veri per la totalità della successione; i beni, *tutti i beni* passano ai figli naturali in mancanza di erede legittimo (art. 758 (674)).

II. — 46. Tutti gli eredi sieno perfetti, sieno imperfetti, dall' istante della morte del defunto, dall' apertura della successione, divengono proprietari di tutti i beni che la *eredità* compongono. Diciamo di tutti i beni che compongono *la eredità*, non già di tutti quelli *appartenenti al defunto* ; mentre alcuni di quest' ultimi uscendo dal suo patrimonio per effetto della morte, non possono quindi trasferirsi ai suoi successori, come un usufrutto, una rendita vitalizia, una cosa stata donata che

ritorni al donante per la premorienza del donatario, ec. ec. Tutti gli eredi indistintamente raccolgono adunque al momento della morte tutti i beni e dritti che costituiscono il patrimonio del defunto, e per conseguenza se morissero pochi istanti dopo quello a cui han succeduto, anche prima di conoscerne la morte, trasmetterebbero tali dritti ai loro propri successori come facienti parte della propria successione (1).

Ma se le due classi di eredi per questo riguardo sono uguali fra loro, non avviene così per ogni verso. Havvi fra loro due grandi differenze: 1° gli eredi perfetti hanno lo immediato possesso che non si dà ai successori irregolari; 2° ma altresì i primi sono obbligati a tutti i debiti del defunto anche al di là del valore di tutti i beni, mentre per gli altri ciò non ha luogo.

III. — 47. E dapprima, gli eredi legittimi hanno la investitura legale e di pieno dritto del possesso, per modo che con la morte del defunto sono non che proprietari ma pur possessori dei beni di lui; possono dunque sin da allora instituire qualunque azione possessoria; e senza interruzione di sorta, continua a correre per loro ogni usucapione incominciata in prò del defunto. Era questo il significato della nostra antica massima: *Le mort saisit le vif, son hoir le plus proche à lui succéder*, riprodotta dal nostro art. 724 (645) « gli eredi legittimi acquistano *ipso jure* il possesso dei beni. » Per lo opposto i successori irregolari, essendo investiti per la morte del defunto della proprietà dei beni, non del possesso, debbono questo ottenere giudizialmente, come dal medesimo art. 724 (645) viene dichiarato.

Chabot (art. 724 (645), n. 11 e 16) Toullier (IV, 82 e 90) Duranton (VI, 55 e 63) ed altri presentano da prima come uno effetto della investitura, il dritto che ha un erede morendo di trasmettere ai suoi propri eredi la deferitagli successione che non abbia per anco accettato; insegnano poi avere ugualmente tal dritto i successori irregolari che non hanno lo immediato possesso. Errore e contraddizione evidenti: se la trasmissione fosse l' effetto dell' immediato possesso, non potrebbe esistere ove questo venisse meno. Il vero è che la trasmissione non è lo effetto del possesso; a fin di trasmettere una cosa morendo non è bisogno di averne il possesso ma sì la proprietà.

La investitura non è sempre accompagnata della proprietà dei beni. Così lasciandosi da un defunto un erede legittimo ed un figlio naturale, costui, senza avere il possesso di alcuna cosa, è proprietario di una parte della successione; di guisachè l'erede legittimo sebbene abbia il possesso legale di tutta la successione, manca della proprietà di una parte. Sarebbe lo stesso se lo erede avesse di contro uno o più legatari che gli tolgano una maggiore o minor parte della successione; egli è sempre lo investito di tutti i beni, colui che di tutti ha il possesso e l' amministrazione fino a che i legatari domandino il rilascio di quelli loro appartenenti. L'erede investito possessore ed amministratore dei beni, può anche non avere la proprietà di una parte di essi; il che avverrebbe se l' erede non essendo altronde legittimario, il defunto disponesse con legati particolari o a titolo universale di tutti i beni costituenti il suo patrimonio.

Vi ha un solo caso in cui l'erede legittimo non è investito: quando 1° egli non è legittimario, 2° quando la totalità dei beni gli è tolta da un legatario universale. In questo caso al legatario universale è accordato il possesso (art. 1006 (832)); per modo che allora l' erede allontanato dal possesso e dalla proprietà, resta del tutto straniero alla successione. Da questo caso in fuori, l' erede legittimo è sempre investito del possesso; nè può un testatore

(1) In ultima analisi i *beni* o i *dritti* sono espressioni sinonime, essendo dritti tutti i beni, e beni tutti i dritti. Tutti i beni son dritti; perchè avere un casa, un podere, un cavallo, ec. vale averne la proprietà la quale è un dritto. Viceversa son beni incorporali tutti i dritti; *bonum* è ogni cosa capace di produrre all' uomo un utile; nel quale ampio senso è usata la parola *beni* dall'articolo 2093 (1963) in cui si dice che i « beni del debitore son la comune garenzia dei suoi creditori ».

privarnelo per darlo a questo o quello o a nissuno; quando anche voglia ritogliere al suo erede la proprietà di tutti i beni. In vero può un testatore dare la investitura delle sue cose mobili ad una o più persone chiamate per eseguire il suo testamento (art. 1025 e 1026 (980 e 981)); ma questa speciale investitura che non può aver luogo per gl'immobili, è altronde soggetta alla volontà dello erede perchè egli può farla venir meno pagando, agli esecutori testamentari una somma che basti a soddisfare i legati di cose mobiliari (art. 1027 (982)).

48. Abbiamo di sopra osservato che l'articolo 723 (644), il quale dice che i figli naturali sono chiamati in mancanza di eredi legittimi, non deve intendersi in un senso assoluto ma solo per la chiamata alla intera successione. Così anche l'art. 724 (645) il quale prescrive che questi stessi figli naturali dovranno farsi immettere in possesso *giudizialmente*, intende solo parlare del figlio chiamato a tutta la successione in mancanza di legittimi eredi. Imperochè quando il figlio naturale è chiamato solo ad una parte di essa in concorrenza con un erede legittimo che ne prende il rimanente, da costui, investito di tutta la successione, e non giudizialmente, egli domanderà il rilascio e la immissione in possesso della parte che gli spetta.

Le forme colle quali il figlio naturale, il conjuge e lo Stato devono farsi immettere nel possesso giudizialmente sono indicate più appresso dagli articoli 769 a 773 (685 a 688).

IV. — 49. L'altra differenza fra l'erede e i successori irregolari, è che l'uno è obbligato a soddisfare tutti i carichi della successione quand'anche sorpassino lo intero valore dei beni; essendo l'erede il rappresentante assoluto, colui che continua, per così dire, la persona del defunto, è soggetto a tutti gli obblighi che a quello gravavano tranne solo quelli esclusivamente personali (Così p. e. un erede senza dubbio non è risponsabile innanzi i tribunali criminali dei reati commessi dal suo autore). Per lo incontro il successore irregolare non rappresenta, non continua la persona del defunto; onde l'obbligo di soddisfare i carichi gli è solamente imposto dacchè egli prende i beni e in forza di quel principio che non vi ha beni se non dedotti i pesi. Ma essendo soggetto ai debiti in quanto gravano i beni e ne debbono essere dedotti è dunque solo obbligato a soddisfarli sino alla concorrenza del valore dei beni.

Quanto allo erede, egli è obbligato ai debiti *ultra vires successionis*, fino dalla morte del defunto; imperocchè il morto impossessa il vivo e lo erede surroga il defunto senza il menomo intervallo. Ma siccome la qualità di erede che acquistasi immediatamente e di pieno dritto, non gli è impressa irrevocabilmente finchè non abbia accettato, egli può spacciarsene e schivare il pagamento de' debiti coi suoi propri danari, o rinunziando del tutto alla successione, o accettandola col beneficio dell'inventario.

Tutto questo sarà per altro spiegato distintamente nel V capitolo.

CAPITOLO SECONDO

DELLE QUALITÀ RICHIESTE PER SUCCEDERE

50. Per raccogliere una successione, occorre 1° avere le qualità necessarie per acquistare il dritto, cioè essere capace; 2° essere in condizione di non esserne escluso cioè non esserne indegno. — Non bisogna infatti confondere la capacità che impedisce di ottenere il dritto, colla indegnità che vieta di conservarlo.

1° — *Della incapacità di succedere.*

725 (646 M). — Per poter succedere è necessario di esistere nel momento in cui si apre la successione.

Sono quindi incapaci di succedere:

1° colui che non è ancora concepito;
2° il fanciullo che non è nato vitale;
3° quegli che è morto civilmente.*

SOMMARIO

I. Per essere capace a succedere bisogna esistere naturalmente e civilmente alla morte del de cujus.
II. Per conoscere se il figlio era concepito all' epoca della morte, non si segue la presunzione legale dell' art 312 (234), *eccetto che la quistione di successibilità sia congiunta con quella di legittimità.*
III. Censura della contraria dottrina ammessa da Toullier, Duranton e dalla giurisprudenza.
IV. La presunzione dell' art. 312 (324), *sebbene rigorosamente non applichisi alla nostra materia, pure vi ha una certa influenza.*
V. Al figlio o al suo avente causa spetta di provar l'anteriorità del suo concepimento.
VI. All' avente causa dal figlio nato dopo l' apertura incombe provare che sia nato vivo — Spetterebbe al suo avversario la prova che non sia nato vitale.
VII. Incapacità derivante dalla morte civile.

* Nello articolo 646 delle nostre leggi civili è stato soppresso il n. 3 che si riferisce alla morte civile stata abolita dal nostro legislatore. Ved. la nota dell'art. 718 (638).

Se non che fra i dritti civili che si perdono colla condanna all'ergastolo, evvi pur quella di acquistare per atto tra vivi e per causa di morte (art. 16 ll. pp).

Altra incapacità di succedere riconoscono le nostre leggi; ma non è dessa una pena, anzi è effetto della professione dei voti monastici. — Il rescritto dei 9 marzo 1822, tolse su tale materia i dubbî fra cui vacillava fino allora la giurisprudenza. Eccone le parole:

« Si è dubitato se i religiosi e religiose professe sieno capaci di succedere, e se le rinunzie autorizzate dal dritto canonico prima della professione religiosa incontrino l'ostacolo del dritto civile in vigore. Questo dubbio è stato rassegnato a Sua Maestà, e la M. S. sulla considerazione, che le successioni debbano essere regolate esclusivamente a norma delle attuali leggi civili, e che ricevute nel Regno le istituzioni religiose, coloro che ad esse appartengono, astretti dal voto di povertà trovansi collocati in uno stato di incapacità volontaria di acquistare alcuna proprietà, si è degnata dichiarare che i religiosi e le religiose professe, per ragion di voti monastici, sono incapaci di succedere.

A rischiaramento e complemento della riferita sovrana disposizione giova qui riportare il rescritto del 13 gennaro 1843, non che l'altro del 16 ottobre 1847.

Rescritto del 13 gennaro 1843, comunicato il dì 23 detto mese.

« Sui dubbî surti nell' applicazione del rescritto de' 9 marzo 1822, dichiara che secondo le prescrizioni e la retta intelligenza del rescritto medesimo appartenga al monastero tutto ciò che i monaci avranno disposto per atto tra vivi in favor di esso prima della professione, e tutto ciò che avranno essi acquistato col loro carattere di religiosi, o che sia agli stessi dovuto per vitalizî riservativi, anche quando sieno per tre anni oltre la vita, ovvero per vitalizii legati loro, escluse per sempre le prestazioni perpetue; ed appartengono poi ai prossimi congiunti dei monaci i beni che posseggono costoro allorchè professano voti religiosi, dei quali non abbiano essi pria disposto per atti tra vivi. »

Rescritto del 16 ottobre 1847.

« Dichiariamo nel retto senso del rescritto 23 gennaro 1843 ogni corpo di rendita perpetua che i monaci ebbero per credito di vitalizî non soddisfatti o che acquistarono con gli avanzi e coi risparmî dei vitalizî, appartenersi di dritto al monastero, e ritenersi di piena ragione del corpo morale quando i monaci sieno trapassati ».

Se poi la secolarizzazione dei monaci faccia loro riacquistare la perduta capacità di succedere, ovvero nulla operi sul loro stato, è quistione dibattuta nel foro, e le Corti decidenti ondeggiano fra il sì e il nò.

Grave quistione e non per anco soluta è pur l'altra intorno al tempo dell'apertura della successione dei monaci, cioè se essa abbia luogo al tempo di lor morte naturale, ovvero nel punto che professano i voti religiosi.

Da queste e dalle altre quistioni ognora rinascenti per ragion del monachismo, considerato nei suoi rapporti colla società, dall' ondeggiamento continuo della giurisprudenza delle nostre Corti; dalle poche e scarse sovrane disposizioni intorno a siffatta materia, le quali se han tolto di mezzo qualche dubbio, altri nuovi ne han fatto rampollare; da tutte queste cose ci sarà lecito inferire che il monachismo, sì lontano al presente dei suoi principî, ai quali per altro sarebbe difficile ricondurlo, offrirà sempre ardue quistioni ai magistrati fino a quando il legislatore soddisfacendo al voto oramai generale, non detterà una legge certa da applicare.

I.—51. Per succedere o come erede o come successore irregolare, bisogna senza dubbio esistere naturalmente e civilmente nell'ora appunto dell'apertura della successione, quando cioè la morte colpisce chi lascia la successione.

Or quantunque solo per la nascita il fanciullo formi realmente una persona distinta ed ha nella società la sua propria esistenza, sappiamo essere considerato fittiziamente come già nato chi solo è conceputo, ciò richiedendo il suo interesse. Basta dunque per succedere essere stato concepito alla morte della persona *de cujus successione agitur*, se il fanciullo sia nato vitale; perchè quegli che nasce tale da non poter vivere non deve contarsi, e la legge non lo considera come membro della società.

II.—52. Ma in che modo conoscersi se il fanciullo nato dopo aperta una successione fosse concepito o no in quel tempo? Si applicherà forse la regola dell'articolo 312 (234) il quale dichiara che le gestazioni possono essere di soli 180 giorni o estendersi sino a' 300, e vuole che si presuma la gravidanza più breve o più lunga secondo l'interesse del fanciullo? Se potesse applicarsi, siffatta regola non s'incontrerebbero difficoltà: il fanciullo presumerebbesi concepito prima dell'apertura della successione, prima della morte del *de cujus*, nascendo entro i 300 giorni dopo la morte; e il suo concepimento direbbesi posteriore alla morte se nascesse dopo i 300 giorni. Ma l'art. 312 (234) non può qui, secondo noi, applicarsi.

Infatti quest'articolo non dice che una gravidanza di 300 giorni dovrà presumersi in favore del fanciullo, in tutti i casi che il suo interesse lo vorrà; ma solamente quando è quistione della sua legittimità, cioè se sia legittimo o bastardo. Così, dove il fanciullo sarebbe illegittimo con una gravidanza ordinaria di 270 giorni (nove mesi) e legittimo al contrario con una più lunga di 280, 290 o 300 giorni, l'articolo 312 (234) impone supporsi la gravidanza più lunga. Ma non è permesso in qualunque altra circostanza far luogo a tal supposizione.

Dunque la presunzione dell'art. 312 (234) dovrà non sempre applicarsi in materia di successione: bensì quando la quistione di successione sarà congiunta nell'interesse del figlio a quella della legittimità. Così, se una vedova partorisse il 298° giorno dopo la morte del marito, il fanciullo sarà dichiarato concepito prima della morte di lui, e gli succederà perchè è tutt' una cosa la quistione se sia erede e se legittimo; e son cose diverse essere legittimo ed erede, o bastardo e straniero alla successione. Parimente se il domani della morte del marito morisse il padre di lui, il fanciullo gli succederebbe, non potendosi pretendere che non fosse concepito, quando moriva il *de cujus*, perchè ciò importerebbe non esserlo alla morte del marito della madre, e non essere quindi legittimo. Sarebbe anche così, se dopo il padre fosse morto qualunque altro parente.

53. Nè sarebbe pur necessario che il padre di questo fanciullo (o almeno tale legalmente presunto, essendo marito della madre) *fosse morto* all'apertura della successione del parente; basterebbe che il padre innanzi l'apertura sino al cento ottantesimo giorno pria della nascita fosse stato di continuo nella impossibilità fisica di coabitare con la moglie. Così il marito si è imbarcato in Havre per le Indie il primo marzo 1840 ed è ritornato il 30 giugno dopo una assenza di quattro mesi o centoventi giorni; la moglie ha partorito il venti dicembre duecentonovantacinque giorni dopo la partenza del marito, e centosettantatre giorni dopo il ritorno; il parente *de cujus* è morto il 2 marzo o uno dei giorni successivi. Il fanciullo, secondo la legge, era concepito alla morte del parente e gli succederà. In effetto, conforme alla legge, non vi ha più breve gestazione di centosettantanove giorni compiti; il marito della madre non essendo tornato dal suo viaggio che centosettantatre giorni prima della nascita, il fanciullo era quindi concepito prima del ritorno. Nè si può dall'altro lato sostenere che sia stato concepito nell' assenza del marito (il che lo rende-

rebbe adulterino) perchè essendo partito egli duecentonovantacinque giorni prima della nascita, per compire i tre cento c'è un intervallo di cinque giorni, in cui si pone il legittimo concepimento del fanciullo. Adunque il concepimento si trova posto dalla legge negli ultimi cinque giorni di febbraro; essendo morto nei primi di marzo il parente *de cujus*, ne deriva essere concepito il figlio all' apertura della successione. La legale certezza o piuttosto la presunzione legale del concepimento del fanciullo, precedente alla morte del *de cujus*, è dunque anche qui una conseguenza della sua legittimità.

54. In una parola la regola dell' articolo 312 (234) si applicherà in materia di successione, e la capacità di un fanciullo a succedere per essere concepito all'epoca dell'apertura, sarà legalmente presunta se sia conseguenza della sua presunta legittimità. Ma quando non vi sarà alcuna attenenza fra la quistione della capacità di succedere e la legittimità, è impossibile invocare le presunzioni dell' art. 312 (234) non ostante l'autorità di molti scrittori e decisioni (1).

III.— 55. Sottosopra gli scrittori e le decisioni citate dicono: che l'incertezza quasi invincibile della durata delle gravidanze richiedeva che dal legislatore venissero determinate le presunzioni da applicare in tutti i casi possibili; che i motivi di tali presunzioni sono uguali nella successione e nella filiazione; che in fine la successibilità è conseguenza della legittimità. Indi stabilita così questa dottrina per le successioni, arrogesi che sarebbe contraddizione volerle bandire per le donazioni e i testamenti, arbitrario e sragionevole negare ad un figlio la donazione o il legato aperto in tal tempo, con supporlo incapace, quando poi gli si accorderebbe una successione aperta nello stesso tempo.

Sono ben sode queste ragioni? Senza dubbio la durata delle gravidanze non può essere conosciuta con matematica precisione, ma è di sicuro che spesso i periti possono indicarla approssimativamente. Che che ne sia, sarebbe opera del legislatore, non del giurista, il volere che la legge regoli questo punto con una presunzione generale da applicare in tutti i casi : ma ciò che fece, non ciò che dovea fare il legislatore, incombe a noi indagare. È poi un errore palpabile in una legislazione morale pretendere che vi fossero gli stessi motivi per applicare questa presunzione, tanto nella quistione di successione che in quella di filiazione. È di maggiore importanza conoscere se il tale sarà legittimo o bastardo di quello non sia se egli raccoglierà o no pochi scudi, e di leggieri comprendesi che una legge nello interesse dei costumi presume facilmente il concepimento che deve a' figli imprimere la qualità di legittimi, non curandosi di presumer quello che darebbe loro un poco più di danaro. In fine la dottrina da noi esposta vien sempreppiù giustificata della idea che la successibilità sia conseguenza dell'essere legittimo onde s'inferisce che la presunzione stabilita per l' una debba anche giovare per l'altra.

Sì alle volte la successibilità sarà conseguenza logica della legittimità; alle volte dall'essere riconosciuto legittimo il figlio conseguiterà ch' egli era concepito nel punto che la tale successione aprivasi. Non così in tutti i casi. Togliamo un esempio dalle decisioni sopra indicate: una donna che abbia due figlie del primo letto e che rimaritasi dopo due o tre anni della sua vedovanza, succede ad una delle sue figlie per un quarto in concorrenza dell' altra figlia che avrà gli altri tre quarti (art. 751 (T)) ; il 298° giorno appresso la morte della figlia partorisce essa un fanciullo che è fratello uterino della defunta. Qual vi ha rapporto in questo ed in altri simiglianti casi fra la successibilità del fanciullo e la sua legittimità? Nissuno di sicuro, non essendo successibile che in quanto la gravidanza della madre è già durata 298 giorni men-

(1) Toullier (IV-95); Delvincourt, Duranton (VI-72); Malpel (n. 28); Vazeille (n. 7); Belost-Jolimont (oss. 1); Parigi, 19 luglio 1819; Rig., 8 febb. 1821; 28 nov. 1833 (Dev., 34, 1, 668).

tre per breve che la gravidanza sia stata, egli sarà sempre legittimo. Nemmeno esisterà nel caso di donazione o di testamento questo preteso rapporto, necessario fra la capacità di succedere e la legittimità. Supponiamo un legato fatto in vantaggio del fanciullo di cui è incinta o almeno crede esserlo una *fanciulla* o una *vedova*; nascendo egli 300 giorni circa dopo la morte del testatore, si riparlerà ancora di legittimità onde permettergli che possa invocare una gestazione di 300 giorni? È impossibile, essendo il fanciullo bastardo in tutte le ipotesi.

Ecco su che si fonda la nostra dottrina.

Non è una verità di natura, una realità che la gravidanza possa sempre variare di 180 a 300 giorni; dessa è verità legale, è finzione. Ma le finzioni si applicano solo all'obbietto cui mirano e nei limiti dati dalla legge. Ora il Codice in nissun luogo ha detto, come regola generale, che un fanciullo potrebbe in qualunque circostanza e per qualunque causa, restringere o allungare a suo talento la gravidanza da 180 fino a' 300 giorni; solamente negli articoli 312, 314 e 315 (234, 236 e 237) ha dettato le seguenti proposizioni:

« Il figlio nato prima del 180° giorno del matrimonio si reputa concepito durante il matrimonio » (Arg. dell'art. 314 (236)); il figlio nato 300 giorni dopo lo scioglimento del matrimonio reputasi parimente concepito durante il matrimonio (Argomento dell'art. 315 (237)); conseguentemente un marito non può non riconoscere il figlio della moglie, se non che provando che durante il tempo trascorso dal 300° al 180° giorno prima della nascita del figlio egli era nella impossibilità di coabitare con esso lei art. 312 (234)).

Di che risulta che un fanciullo o altri in suo nome può restringere o allungare la gravidanza della madre da'180 giorni sino a' 300, e porre il suo concepimento, non essendo ammessa la prova in contrario, in quel punto che vorrà dei 120 giorni d'intervallo *allorquando si tratterà della sua legittimità*, *della sua filiazione legittima*. Ma qual testo di legge permette di fare il simile in qualunque altra circostanza? Ce lo indichino i nostri avversari, ma finchè nol faranno, bisogna attenerci alla verità dei fatti, al dritto comune (1).

IV. — 56. Indubitatamente questa realità dei fatti essendo sovente incerta, imbarazzante, anche noi crediamo che il legislatore avrebbe fatto meglio generalizzando per qualunque caso la finzione scritta per un sol caso particolare. Ma, giova ripeterlo, non tocca a noi far la legge.

Adunque il figlio che vuol reclamare una successione aperta prima della sua nascita dovrà giustificare l' anteriorità del concepimento all' apertura della successione, quando essa non è conseguenza della legittimità. Colui che reclama un dritto dee provare di appartenergli (articoli 135 e 136 (141 e 142)). Il fanciullo nel caso di contestazione dovrà dunque chiarire con la testimonianza dei periti o una serie di fatti concludenti, che il suo concepimento risale ad un tempo precedente alla morte del *de cujus*.

Spesso, è vero, non si potrà la prova stabilire rigorosamente; ma non dimentichiamo che i giudici non debbano cercare la certezza per decidere, potendo anzi dovendo in sua mancanza giudicare secondo la probabilità della causa.

V. — 57. Del resto, sebbene la regola degli art. 312 (234) e seguenti non sia qui rigorosamente da applicare, pure alcuna influenza eserciterà nel caso che la quistione di successibilità sarà indipendente da quella della legittimità; non si potrà, è vero, applicare come presunzione legale siccome è nel titolo della *filiazione;* ma non sarà del tutto senza effetto.

E da prima essendo dichiarato che la gestazione sia durata di certo e per necessità 300 giorni, quando ciò interessa alla legittimità del figlio, sembra conforme allo spirito del Codice considerare questa durata nelle altre circostanze, come se almeno avesse una tal quale probabilità; di

(1) Chabot (n. 7); Coin-Delisle (art. 906 (822) n. 6); Demolombe (V-100).

modo che nel dubbio, e quando non sarà certamente stabilito dai periti e dalle circostanze della causa, che il concepimento sia seguito dopo la morte del *de cujus*, dovrà ammettersene l'anteriorità se la nascita abbia avuto luogo nei 300 giorni. La posteriorità del compimento, e quindi la incapacità del figlio dovrebbero pronunziarsi in quanto egli non presentasse alcuna probabilità in sostegno della sua pretensione.

Altro irrepugnabile effetto deriva dal *minimum* e dal *maximum* della durata stabilita. Così, si dichiarerà necessariamente concepito il figlio innanzi la apertura della successione, e capace di raccoglierla quando sarà nato fra i 180 giorni dopo la morte, senza potersi ammettere la prova contraria degli avversari. Viceversa, sarà concepito dopo l'apertura, e dichiarato incapace quando sarà nato dopo più di 300 giorni, non potendosi allora proporre la prova di un concepimento precedente alla morte. Imperocchè considerando la legge con quanto maggior favore si può la quistione di legittimità, e per questo caso determinandosi dal Codice le due durate estreme della gestazione, ne segue che non può esservi in alcun caso gestazione più breve di 180 giorni, nè più lunga di 300.

VI. — 58. Si è detto che deve il figlio o lo avente causa di lui provare, cioè rendere almeno probabile la precedenza del concepimento (giovandosi altronde come si è osservato, della presunzione dell'art. 312 (234)) per quel principio che chi reclama deve giustificare il suo dritto alla cosa reclamata. Per medesimezza di ragione tocca pure allo avente causa del figlio di chiarire che questi sia nato vivo e non uscito morto dalle viscere materne.

Siffatta prova si troverà completa e perentoria nell'atto di nascita quando l'ufficiale pubblico avrà raccertato di essergli stato presentato un bambino vivo; e non potrà essere contraddetto che con la iscrizione in falso (art. 45 (47), n. IV).

Che se il bambino non era vivo allorchè fu presentato all'ufficiale, questi in tal caso, come sappiamo, deve nell'atto indicare di essergli presentato non un bambino *morto* (il che supporrebbe che non sia vissuto) ma sì un bambino *senza vita* (art. 87 (92), II). I rappresentanti del bambino dovranno provare con testimoni che egli sia nato vivo e poscia morto.

Provato che sia il concepimento del bambino anteriore all'apertura della successione, e insieme colla nascita la vita; non tocca più ai suoi rappresentanti di stabilire che sia nato vitale, bisogna ciò provarsi dagli avversari che allegherebbero la non vitalità. Così chiede la natura delle cose. In effetto la vitalità dei bambini che nascono vivi è la regola generale, la non vitalità è un fatto di eccezione. Deve dunque presumersi la vitalità, finchè non sia chiarita la eccezione. Invano si direbbe non potersi provare una negazione; *incumbit probatio ei qui dicit, non ei qui negat*, la quale regola se avesse il senso che non ha e che presenta a prima vista (art. 1315 (1269), n.° 2), non si applicherebbe sempre alle negazioni che risolvonsi in un fatto positivo contrario. Non essere nato vitale un fanciullo importa che sia uscito alla luce con un organismo siffattamente vizioso, con una complessione talmente debile da essere impossibile la sua vita; la quale prova è assai agevole.

VII. — 59. Siccome noi l'abbiamo già detto, alla apertura della successione bisogna avere non solo la esistenza naturale ma e sì la civile. Incapace di succedere è dunque colui che si trovi nello stato di morte civile.

Certamente la incapacità si effettua solo nel punto in cui la morte civile ha colpito la persona. Se si apre dunque una successione nello intervallo che corre dalla condanna in contraddittorio alla esecuzione, o nei cinque anni successivi alla esecuzione per effigie nel caso di contumacia, il condannato raccoglierebbe pure la successione e la trasmetterebbe poi ai suoi eredi quando lo colpirebbe la morte civile.

726 (647 M). *(Uno straniero non è ammesso a succedere nei beni che il suo*

parente straniero o francese possiede nel territorio del Regno, se non nel caso e nel modo con cui un Francese succede al suo parente possessore di beni nel paese di questo straniero, in conformità delle disposizioni dell' articolo undecimo al titolo, Del Godimento e della Privazione dei dritti civili.*

60. Il dritto civile di un paese, *jus civile*, *jus civium*, essendo proprio dei cittadini di quel paese, non può essere invocato dagli stranieri se non se per espressa concessione; gli stranieri in Francia possono esercitare quei soli diritti civili che loro sono formalmente accordati. Già noi abbiano osservato (art. 11 (9)) che per un principio di giusta reciprocanza e di nazionale interesse il Codice concede a uno straniero il godimento di quei soli diritti che son conferiti ai Francesi in vigore di un trattato nel paese di questo straniero.

Il nostro articolo applicando questa regola generale dell' articolo undecimo al caso speciale della successione, non permetteva ad *uno* straniero di raccogliere in Francia una successione, quando un Francese avrebbe potuto succedere in forza di un trattato nel paese dello straniero; e l'art. 912 (828) fermava una somigliante disposizione per la *facoltà di ricevere* una donazione o un legato (1). Ma questi due articoli ed una parte dell' undecimo sono aboliti dalla legge del 14 luglio 1819 di cui ecco il testo:

« Art. 1° Gli art. 726 e 912 (647 M 828) del Codice civile sono aboliti. In conseguenza gli stranieri avranno il dritto di succedere, disporre e ricevere del medesimo modo che i Francesi, in tutto il territorio del Regno.

« Art. 2° Nel caso di divisione di una stessa successione fra coeredi stranieri e francesi, questi preleveranno su' beni siti in Francia una parte eguale al valore dei beni siti nel paese straniero, da cui sarebbero esclusi con qualunque siasi titolo in vigore delle leggi o consuetudini locali ».

60 *bis*. Così il principio di reciprocanza stabilito all' articolo medesimo è del tutto rigettato per le donazioni e i testamenti; ma nelle successioni si applica ancora in un caso speciale cioè, quando un defunto, se francese o straniero non importa, 1° lasci beni in Francia ed anche nel paese straniero, 2° per eredi abbia in un tempo stranieri e francesi.

In questo caso se i coeredi francesi sono esclusi della totalità o da una parte dei beni siti fuori del Regno, possono prelevare sui beni di Francia un valore eguale a quello da cui sono esclusi. Così quando gli eredi stranieri in vigore delle loro leggi o consuetudini conseguono più dei Francesi sui beni del loro paese una metà o altra qualunque frazione, che fosse di 50,000 franchi; ovvero quando o per dritto di primogenitura o altra qualunque causa raccolgano i tali e tali altri beni speciali da cui sono esclusi i Francesi, che avessero l'ugual valore di 50,000 franchi, in tal caso i Francesi preleveranno altrettanto di valore su' beni di Francia, il rimanente dei beni francesi o stranieri si dividerà secondo le regole ordinarie. Che se la legge del paese straniero esclude del tutto i Francesi, gli eredi stranieri non per questo saranno esclusi del tutto dai beni di Francia, ma solo per quella frazione di valore che rappresenta i beni stranieri. Se dunque vi sono 100,000 franchi di beni fuori del regno, 150,000 in Francia, gli eredi francesi sopra gli ultimi preleveranno 100,000 franchi, e gli stranieri divideranno con loro i rimanenti 50,000.

In breve gli eredi francesi preleveranno

* La nostra legislazione per ciò che risguarda gli *stranieri* è diversa dalla francese, essendosi nell'articolo 9, n. 1, stanziato, che gli stranieri avranno presso di noi lo esercizio di quei dritti civili che la nazione a cui essi appartengono accordi ai nazionali; salve le eccezioni che per transazioni diplomatiche potrebbero aver luogo. Quindi l'art. 647 veniva formolato nel seguente modo:

« Uno straniero è ammesso a succedere ne' beni che lo straniero o nazionale possedeva nel territorio del regno, in conformità dell'art. 9, n. 1.

(1) Gli art. 726 e 912 (647 e 828) non parlavano affatto della necessità di un trattato; ma i loro rapporti coll'art. 11 di cui erano un' applicazione, chiarivano abbastanza tal necessità.

sempre innanzi qualunque divisione un valore *assolutamente* eguale a quello da cui saranno esclusi di fatto nel paese straniero. Evvi una reciprocanza di persona a persona peculiare ad ogni successione, e non più la reciprocanza generale di nazione a nazione fondata sopra un trattato, quale il Codice civile richiedeva.

2.—*Della indegnità di succedere.*

727 (648 M).—Sono indegni di succedere, e come tali esclusi dalle successioni:

1° Colui che fosse stato condannato per avere ucciso, o tentato di uccidere il defunto;

2° Colui che avesse promossa contro il defunto un' accusa di delitto capitale, giudicata calunniosa;

3° L' erede in età maggiore che informato dell' omicidio del defunto, non l' avrà denunciato alla giustizia. *

728 (649). — La mancanza della denunzia non può essere opposta agli ascendenti e discendenti dell' uccisore, nè a' suoi affini dello stesso grado nè al suo conjuge, nè a' suoi fratelli o sorelle, zii, zie o nipoti.

SOMMARIO

I. Il Codice ha determinato e a tre ristretto le cause della indegnità.

II. Prima causa : *Condanna per omicidio del* de cujus. — *L' indegnità non incorresi quando l'omicidio è imposto dalla legge o autorizzato dalla necessità della legittima difesa , e in altri molti casi , specialmente se esso ha una scusa legale. Discordanza con Merlin, Favard, Malpel, Zachariae e Duvergier.*

III. Seconda causa: *Accusa di delitto capitale giudicata calunniosa. — Accusa capitale è quella che produce la morte naturale o civile. Errore di Delvincourt, Chabot e Favard. — Accusa significa qui denunzia.*

IV. Terza causa: *Mancanza di denunzia dell'omicidio del defunto per parte dello erede maggiore che ne fosse sciente. — In qual caso la legge dispensa dal denunciare.— Cattiva compilazione dell'art. 728 (649).*

V. Il de cujus *pria di morire non ha potuto rimettere la indegnità.*

VI. L'indegnità non s'incorre mai di pieno dritto; deve pronunziarsi giudizialmente. — In qual termine e avanti qual tribunale dev' essere istituita l'azione.

VII. Quali persone possono instituirla. —Critica di una dottrina di Delvincourt.

I. — 61. Per trar profitto di una successione non basta essere capace, richiedesi anche non essere indegno. Se la incapacità impedisce che sorga il dritto, la indegnità fa che non si conservi: essa spogliandone l'erede, gli fa perdere la conseguìta successione.

Le cause di indegnità, lasciate un tempo all' arbitrio dei tribunali, sono accuratamente determinate dal Codice e ridotte a tre. — Ed essendo la indegnità una pena, non può mai estendersi oltre i confini segnati dall' art. 727 (648 M).

II. — 62. La prima causa d' indegnità è

* L'articolo 648 delle leggi civili ha tolto le parole *giudicata calunniosa* dal n. 2; aggiunto nel 3° il termine entro il quale dee farsi la denunzia, e infine cresciuto a cinque le cause della indegnità, togliendo le due nuove che trovansi nei n. 3 e 4, dalla L. 1ª Dig. (XXIX, 6) e cod. (VI, 34) *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.* Giova dunque riportarlo per intero.

« Sono indegni di succedere, e come tali esclusi dalle successioni;

1. colui che fosse stato condannato per aver ucciso, o tentato di uccidere il defunto;

2. colui che avesse promosso contro il defunto un'accusa di delitto capitale;

3. quegli che avesse costretto il testatore a disporre, mentre non voleva, o diversamente di quel che voleva;

4. colui che avesse victato con violenza al defunto di far testamento;

5. l' erede in età maggiore, che, essendo consapevole della sua qualità di erede, ed informato della uccisione del defunto, non l'avrà denunziato alla giustizia entro sei mesi dal giorno della scienza, eccetto quando il pubblico ministero abbia di ufficio proceduto ».

l' attentato alla vita del defunto giudizialmente provato. — E bisogna che lo erede sia stato condannato per avere ucciso il defunto o tentato di ucciderlo, valendo lo stesso secondo l' art. 2 del Codice penale che equipara al reato il tentativo.*

L' erede deve essere stato condannato come omicida, sicchè se ha ucciso nello stato di follia; o sotto il potere di una forza invincibile che lo rendeva uno strumento passivo; o per ubbidire alla legge, essendone esecutore; o per legittima difesa; o se lo ha commesso prima dei 16 anni, riconoscendosi di avere agito senza discernimento; in tutti questi casi non vi ha reato, non condanna e quindi non indegnità (articoli 64, 66, 327, 328 Codice penale).** — Non evvi nemmeno indegnità allorchè l'erede è solamente condannato qual colpevole di omicidio per imprudenza, non essendo allora omicida; la pena meramente correzionale che gli viene inflitta (C. penale art. 319 ***) è la punizione non dello omicidio, ma della imprudenza che ha dato così tristi risultamenti. — Nè cadrebbe nella indegnità lo erede se fosse condannato per aver ferito o percosso volontariamente il defunto e al di là della intenzione gli abbia prodotto la morte. In questo caso benchè la pena sia dei lavori forzati a tempo, non essendovi stata premeditazione, e dei lavori forzati a vita nel caso della premeditazione (C. pen. art. 309 310 ****), pure siccome l'erede è condannato per aver dato percosse e non per aver ucciso, non si potrà dichiararlo indegno.

63. Infine nè vi sarebbe indegnità, secondo noi, se lo erede fosse riconosciuto reo di omicidio in persona del defunto, ma però dalla legge scusato, e quindi punito con pena correzionale.***** Tali sono 1° l'omicidio provocato da percosse o da ferite gravi (Cod. pen. 321) 2° quello commesso nell'atto di respingere di giorno una scalata o una frattura di mura (art. 322), e 3° quello commesso dal marito contro la moglie o il complice di lei sorprendendoli nel tetto conjugale sul fatto dell' adulterio (articolo 324), i quali sono scusati dalla legge e solo puniti della prigionia di uno a cinque anni (art. 325).

Merlin ed altri scrittori credono ehe lo

* Le nostre leggi penali contengono la più perfetta teorica del tentativo di tutte le moderne legislazioni, e forse la migliore di quante se ne possano speculare. Leggansi gli art. 69, 70, 71, 72 e 452 LL. pp.

** Gli articoli 61. 62, 64, 372, 373 delle L. p. corrispondono agli articoli del Cod. p. riferiti dall'autore; se non che nell'art. 64 è statuito che non sono esenti da pena i minori di anni quattordici compiuti quando si decida che abbiano agito senza discernimento.

*** L'art. 375 L. p. così dice:

« Chiunque per disaccortezza, imprudenza, disattenzione, negligenza o inosservanza dei regolamenti commetta involontariamente un omicidio, o ne sia involontariamente la cagione, sarà punito con prigionia dal secondo al terzo grado ».

**** Le nostre leggi penali considerano quale omicida. tanto il colpevole di percossa o ferita volontaria se ne segua la morte fra o dopo quaranta giorni; eccone gli articoli:

« 362. Il colpevole di percossa o ferita volontaria da cui segua fra quaranta giorni la morte per la natura di dette ferite o percosse, sarà punito qual *omicida*.

« Se la morte dell' offeso non sia accaduta per sola natura delle ferite o percosse, ma per causa sopravvenuta, la pena discenderà di uno o due gradi ».

« 363. Il colpevole di percossa o ferita volontaria da cui segua la morte dopo quaranta giorni succeduti al misfatto per sola natura di dette ferite o percosse, sarà parimente omicida; ma la pena discenderà di uno o due gradi. Se la morte dell'offeso non sia avvenuta per sola natura delle ferite o percosse, ma per causa sopravvenuta, la pena discenderà di tre gradi.

***** Troviamo nelle nostre leggi penali grande varietà colle leggi francesi intorno alla teoria delle scusanti. Imperocchè modificata quella più severa degli art. 321 e 322 di quel Codice, si è prescritto nell'art. 377:

« Gli omicidî volontarî, le percosse o ferite volontarie, ed ogni altra ingiuria o offesa contro le persone saranno scusabili;

1. Se siano provocati da percosse o ferite gravi o da altri misfatti contro le persone;

2. Se siano provocati da percosse o ferite lievi, o da altri delitti contro le persone;

3. Se siano commessi nell'atto di respingere di giorno la scalata o la frattura de' recinti de' muri o dell'ingresso di una casa, o di un appartamento abitato o delle loro dipendenze;

4. Se siano commessi in rissa di cui il colpevole non è l' autore. È riputato autore della rissa colui che il primo la provochi per lo meno con offese o ingiurie, in modo che l'offesa o l'ingiuria sia punibile almeno con le pene di polizia ».

Si aggiunga la scusa degli infanticidî per cagione di onore (art. 387), e la scusa dell'omicidio sulla moglie e l'adultero, o sulla figlia dal marito o dai genitori (art. 388).

omicidio, anche scusabile, debba produrre la indegnità (1); Delvincourt, tuttochè adotti nel principio la idea, insegna che i tribunali dovranno giudicare ogni singolo caso secondo le circostanze. Non potremmo noi a niuna delle due opinioni appigliarci. L'ultima non può sostenersi: il codice ha tolto le cause delle indegnità dallo arbitrio dei tribunali, e però le ha determinato; onde la sentenza del Merlin deve essere o del tutto accolta o del tutto respinta. Senza esitazione abbracciamo quest' ultimo partito. Infatti la scusa di un reato, è vero, non fa che non esista, essendo sempre un omicidio quello scusabile, e nel caso di cui discorriamo, l'erede è condannato realmente per aver ucciso, di modo che il nostro articolo preso alla lettera sarrebbe applicabile. Ma nelle parole della legge bisogna cogliere il pensiero che ci sembra evidente; lo erede cui la legge dichiara indegno, è colui che realmente è condannato qual omicida, e contro il quale è pronunziata la pena degli omicidi e non la semplice pena correzionale, siccome nel caso di omicidio per imprudenza. La indegnità, conforme al nostro articolo, è una delle pene dell' omicidio; or la scusa di un omicidio non facendo applicarne le pene, deve anche far sparire la indegnità. Abbiamo sopra detto che le percosse da cui sia seguita la morte, punite coi lavori forzati a tempo o a vita, non producono la indegnità: in che modo dunque potrebbe essa derivare da un fatto che la legge punisce con un anno di prigionia?

Non fa maraviglia che Merlin educato agli antichi principî e sotto una giurisprudenza che pronunziava la indegnità *anche per la morte data in caso di legittima difesa*, si sia attenuto ad una giudaica interpretazione del nostro articolo per giungere alla severità che si possa maggiore; ma egli non avrebbe dovuto dimenticare che le disposizioni penali (ed una ne contiene il nostro articolo) devono sempre restringersi nei limiti più angusti, e debbe cessarne quindi la applicazione, appena sorga il dubbio. Così dopo Delvincourt che già voleva rimettersene alla prudenza dei tribunali, Chabot (n° 7) Duranton (VI. 95) Belost-Jolimont e Poujol (art. 227, n° 4), insegnano, come noi, che l'omicidio scusato dalla legge non produce indegnità.

64. La morte data in duello non può mai presentare alcuna difficoltà. Se il duellante tratto avanti la Corte di assise è stato assolto, o condannato solo a pena correzionale per imprudenza, non vi sarà indegnità; se poi il giurì, valutate le circostanze, lo dichiari reo di omicidio, sarà egli incorso nella indegnità.*

65. Non è del resto necessario che lo erede onde essere indegno abbia egli stesso commesso il reato, bastando la sua complicità nell' omicidio.

Secondo la nostra legge penale difatti (Cod. pen. art. 59) i complici di un reato si reputano colpevoli del reato stesso a somiglianza dell' autore principale e sono al paro di lui puniti.** Condannato un erede quale autore o complice di un reato, la causa della indegnità non potrebbe più sparire.

Invano il colpevole schiverebbe la pena o mercè la prescrizione (Inst. crim., art. 635)

(1) Merlin (*Rep.*, *Indegnità*, n. 3); Favard (*Indegnità*, n. 3); Malpel (n. 42); Zachariae (IV, pagina 169): A. M. Duvergier (*sopra Toullier* (IV, 106).

* La legge del 22 luglio 1838 sul duello che tolse di mezzo tutte le dubbiezze su tal materia non permette, come avviene in Francia, che alle volte chi abbia ucciso o tentato di uccidere in duello sia condannato ad una pena correzionale, e sfugga perciò la indegnità. Per noi il duello è misfatto e trae sempre seco la esclusione dalla eredità dell'ucciso.

** La distinzione tra complici ed autori del reato è semplicemente nominale nel Codice francese.

Nelle nostre leggi penali, i complici di primo grado di cui fan parola i due primi numeri dell'art. 74 sono rassomigliati agli autori del reato: quelli di secondo grado di cui trattano i numeri 3 e 4 sono riguardati diversamente da quelli, conforme vien dichiarato dall'art. 75 « I complici saranno puniti colle pene degli autori principali del reato; i complici però designati nei numeri 3 e 4 dell'articolo precedente saranno puniti con uno a due gradi di meno, solamente quando nella scienza del reato la loro cooperazione non sia stata tale che senza di essa il reato non sarebbe stato commesso: salvi sempre i casi ne' quali la legge abbia diversamente disposto ».

o mercè la grazia: non sarebbe per questo meno indegno, producendosi la indegnità non dalla pena scontata, ma dall'essere condannato come omicida.

III. — 66. Il secondo caso d'indegnità è quello di una accusa capitale contro l'individuo oggi defunto, giudicata calunniosa.

Per accusa capitale dee senza dubbio intendersi quella che può produrre allo accusato la perdita della vita o naturale o almeno civile, quella cioè che può menare ad una delle tre pene, di morte, lavori a vita o deportazione.

67. Delvincourt, Chabot (n. 13,) Favard (*Indeg.*, n. 6) e Poujol (art. 727, n. 8) opinano diversamente; ed insegnano bastare una accusa che produca una delle pene infamanti * quali sono i lavori a tempo, la detenzione, la reclusione, il bando, e il degradamento civico (C. pen. art. 7, e 8): perciocchè i Romani per accusa capitale intendevano quella che poteva produrre o la morte o anche la perdita del dritto di cittadinanza: *Appellatio capitalis mortis vel amissionis civitatis intelligenda est* (D. 1, 50, t. 16, 103). Se non che siffatto argomento di pretesa analogia conferma *per lo* appunto la nostra dottrina, e distrugge ciò che si vuole stabilire, provandosi con esso e con altri siffatti argomenti da noi combattuti, e cheove occorra combatteremo, quanto sia malagevole cercare nella legislazione romana idee che non possono affatto applicarsi al nostro ordinamento moderno.

Difatti in Roma il dritto di cittadinanza non rassomigliava a quello di Francia.

Là dove la parola conveniva con la cosa, il cittadino *(civis)* era qualunque membro della città *(civitas)*, della nazione romana: eran cittadini tutti i Romani. Quando dunque un cittadino perdeva questo dritto, cancellavasi dalla cittadinanza, non era più parte del popolo romano, e privavasi di qualunque compartecipazione al dritto civile; era quasi morto agli occhi della legge; *cum is qui in insulam deportatur civitatem amittit, sequitur ut*, perinde ac si eo mortuo, *desinant liberi in potestate ejus esse* (*Inst.*, *l. 1, 12, § 1*).

Così la privazione del dritto di cittadinanza rompeva la esistenza legale dello individuo togliendogli la vita civile, e quindi l'accusa che a ciò mirava era *capitale*. Siamo dunque di accordo con questa teoria della legge romana, chiamando accusa capitale quella che produce la morte civile, la quale presso noi equivale alla perdita del dritto di cittadinanza dei Romani. Per lo opposto saremmo molto lontani dalla legge romana, ritenendo per capitali tutte le pene infamanti: la qual cosa riuscirà della maggiore evidenza con una semplice osservazione. Nel nostro dritto criminale si riscontrano quasi identiche a quelle di Roma due pene: 1° la deportazione riprodotta da noi col medesimo nome; 2° la relegazione equivalente da noi al bando. La deportazione era sempre a vita, e traeva seco la perdita dei dritti civili (cioè del dritto di cittadinanza); da noi è pure a vita, e priva dei dritti civili (cioè rende morto civilmente); la relegazione era per lo più a tempo, e gli lasciava i dritti civili, il titolo di cittadino; e da noi il bando è anche temporaneo, e conserva la vita civile. Or accogliendo il sistema di Delvincourt, Chabot e Favard, la relegazione la quale non era pena capitale in Roma, sarebbe tale appo noi, essendo una delle pene infamanti. E si badi che delle due pene era più severa quella di Roma, la quale alle volte poteva essere a vita, mentre da noi il bando è sempre temporaneo (Cod. pen., art. 32); là il condannato era costretto a rimanere in un determinato luogo, da noi il bandito è libero di andare ove gli piace fuori la Francia. Così il nostro bando, ch'è meno

* Le pene infamanti sono sbandite dalle nostre leggi penali (art. 1). E per verità non può essere infamante la pena senza essere immorale, irremissibile, non volta alla correzione del colpevole, ineguale. « L'infamia, scriveva Bentham, invece di correggere l'individuo, l'obbliga quasi a perseverare nella via del reato. È questa come una conseguenza naturale del modo ond'egli è riguardato nella società. La sua riputazione è perduta; ninno gli ha fiducia o gli è largo di benevolenza, e se egli nulla ha da sperare dagli uomini e nulla ne teme, il suo stato non può divenir peggiore ».

severo, diverrebbe pena capitale in forza della legge romana, mentre per essa tale non era la relegazione, molto più severa!!! L'argomento in vero non quadra gran fatto.

Aggiungono i nostri tre scrittori, che nella legge romana qualunque accusa criminale produceva il diseredamento. Ma ciò che vale, quando le cause del diseredamento (abolito tra noi) non erano le stesse dell'indegnità? In ultimo essi fanno una considerazione che non giova, anzi può rivolgersi contro la loro dottrina. « Il legislatore, si dice, non ha potuto consentire che la successione di uno si trasferisca a chi lo abbia voluto diffamare, interessando più l'onore che la vita, all'uomo probo e molto curante del suo nome. » In prima ciò si attiene alla legislazione meglio che al dritto: si discute ciò che la legge avrebbe dovuto fare, non quello che ha fatto; onde potrebbesi non rispondere. Ma pure rispondiamo: credesi che per la legge l'onore valga più o almeno quanto la vita (di che seguirebbe, che per chi ha voluto intaccare la mia fama, non sarebbe troppo o abbastanza la pena di morte!); pure si ammetta. Che è più disonorante per un cittadino, la condanna al degradamento civico per avere nel suo ufficio travalicato i limiti delle sue appartenenze, o la condanna alla prigionia, come ladro o scroccone? Di certo quest' ultima. Ma la prigionia è pena correzionale non infamante (Cod. penale, art. 9). Dunque non basterà più lo aver posto ad arbitrio fra le accuse capitali quelle producenti una pena infamante, bisognerà collocarvi ancora le accuse che tendono ad una semplice pena correzionale! Quando v'entra per poco lo arbitrio, dove andremo a fermarci?

Abbiamo dunque per certo, che accusa capitale sia quella che può privare della *vita* naturale o civile, *caput naturale vel civile* (1).

68. Del rimanente, bisognerebbe non prendere qui nel suo senso stretto la parola accusa ; mentre anzichè ad una accusa propriamente detta, riferiscesi alla semplice denunzia. Infatti l'accusa non può essere appo noi diretta (diversamente da quel che in Roma avveniva) che dagli ufficiali del ministero pubblico; i privati possono solamente denunziare il reato ai magistrati che hanno il carico di perseguirlo.

69. Per altro il testo medesimo del nostro art. 727 (648 M) vuole, che la denuncia per diventare causa d'indegnità debba essere calunniosa, e tale riconosciuta da una sentenza.

IV. — 70. Il terzo ed ultimo caso d'indegnità è quello di un erede, che, essendo sciente dell'omicidio del defunto, e in età maggiore, non l'abbia denunziato alla giustizia.

Non è necessario che l'erede faccia noto l'omicida quando pure lo sapesse, bastando la denunzia; incombe ai magistrati indagarne l'autore.

Se l'erede minore, o insciente del reato al tempo della morte, pervenisse alla maggiore età, o conoscesse il reato, quando sarebbesi ancora in tempo di perseguire il colpevole, senza dubbio la mancanza della denunzia trarrebbe la indegnità, come se al momento della apertura della successione lo erede fosse stato maggiore, o sciente del reato. In ambi i casi, il suo silenzio è colpevole e ontoso pel defunto, nè la legge, d'altra parte, dice in qual momento lo erede per essere obbligato alla denunzia deve essere maggiore e informato dell'omicidio. La prova che egli ne abbia avuto scienza toccherebbe a quelli che vorrebbero farne pronunziare la idegnità.

Non è dalla legge indicato in qual termine lo erede, onde schivare la indegnità debba fare la denunzia. I tribunali decideranno in fatto e secondo le circostanze, se un troppo protratto silenzio dimostri la colpevole incuranza che la legge ha voluto punire.

71. Lo erede del resto vien risparmiato dall' art. 728 (649) di denunziare l'omi-

(1) *Conf.* Toullier (IV-109); Merlin (*Rep.*, *Pena*); Maleville (art. 727); Duranton (V-103 e 106); Malpel (n. 47); Belost (oss. 3); Zachariae (III, p. 170).

cidio, essendo il colpevole una delle seguenti persone: il suo parente o affine in linea retta, il fratello o la sorella, lo zio o la zia, il nipote o la nipote, o lo affine nei corrispondenti gradi, o in fine il conjuge. Per avventura non sortirà spesso il suo effetto questa saggia disposizione; perchè l'erede che fosse chiarito sciente dell'omicidio, non potrebbe giovarsi della dispensa, se non che provando di essere nel caso dalla legge preveduto, facendo determinatamente conoscere il parente o l'affine colpevole, il che sarebbe ancor peggio dello aver fatto una semplice denunzia dell' omicidio senza indicar l' autore. Sarebbe dunque efficace la moralissima eccezione dell' art. 728 (649) nel solo caso che il reo fosse già conosciuto, quando si vorrebbe far pronunziare la indegnità.

Diciamo esservi dispensa quando il colpevole è affine dell' erede o in linea retta o nei gradi corrispondenti a quelli di fratello o sorella, zio o zia, e nipote. In effetto nella compilazione primieramente decretata dal consiglio di Stato l' articolo diceva: « ai suoi ascendenti e discendenti o ai suoi affini in *linea retta* ».

Ma il tribunato propose di estendere quella disposizione agli affini collaterali del grado dei parenti detti nello articolo, e chiese perciò che in vece delle parole affini *nella linea retta* poste al principio, si ponessero al fine dell' articolo queste altre: affini *nello stesso grado* (Fenet, XII, p. 97). Fu accolta la domanda del tribunato, ma per una di quelle inavvertenze di cui non mancano esempi, queste nuove espressioni, anzichè alla fine furono collocate nel mezzo dello articolo, e nel luogo stesso delle antiche.

Ciò non ostante non è dubbio il pensiero della legge, non potendo le parole *nello stesso grado* riferirsi alle parole *ascendenti* e *discendenti*, che dinotano una linea di parentela senza indicar grado.

72. Non è certamente necessario, affinchè l' erede sia dispensato dal denunziare l'omicidio, che il suo parente o affine nei gradi sopra indicati sia per lo appunto l'omicida, cioè il solo o principale autore del reato; basta sia uno degli autori o anche semplicemente un complice, essendo che è punito egualmente della pena dell' omicidio. Vi sarebbe anche dispensa, essendo certo che secondo le apparenze, sebbene fallaci, siasi creduto colpevole uno dei sopracennati parenti o affini, perchè allora il silenzio dell'erede non viene da rea incuranza, ma dall' idea moralissima e dalla legge approvata, di non dare egli stesso al carnefice un prossimo parente. In questo caso adunque, egli è protetto dall'art. 728 (649) nè può esser dichiarato indegno.

V. — 73. La indegnità è una qualità impressa dalla legge per ragioni di ordine pubblico e di sana morale, nè potrebbe cancellarsi dalla volontà privata di chi è stato vittima dell'omicidio, o della capitale denunzia. Il sistema delle successioni *ab intestato* è ordinato dalla legge, non dalla volontà dell'uomo; dunque non può l'uomo rendere degni di succedere quelli che la legge dichiara indegni, come nè potrebbe far capaci quelli che tali per legge non sono. Non altrimenti potrebbe la vittima riuscirvi, che chiamando lo indegno alla sua successione testamentaria, cioè istituendolo legatario di tutte o parte, delle sue sostanze, ovvero facendogliene donazione fra vivi *

* Le leggi francesi, come ben si scorge, non consentono che la indegnità possa venir rimessa dall'offeso; però alcuni scrittori avrebbero voluto che il perdono desse luogo alla riabilitazione dell' indegno. Chabot diceva: « Dalla necessità di una sentenza che dichiari l' accusa calunniosa, emerge che il defunto ha potuto far grazia all' accusatore della pena della indegnità, non esercitando nei tre anni a contare dall' accusa, l'azione per farla dichiarare calunniosa. Dopo tre anni l' azione si troverebbe prescritta secondo l'articolo 638 Codice istruz. crim. — Perchè l'accusato non avrebbe la facoltà di perdonare l' offesa che ha ricevuto? Come si potrebbe costringere a richiederne la punizione? » — Merlin diceva che dove alle ingiurie o inimicizie capitali seguisse la riconciliazione, cesserebbe la causa dell' indegnità, e in ultimo Toullier, spingendosi più in là, poneva come quarta condizione della indegnità quella di non esservi stata riconciliazione fra il defunto e l' accusato. — Ma il testo era muto, e non piegavasi affatto a tali elargamenti.

Le nostre leggi civili non mancarono di provvedere a ciò, e siccome in esse maggior tesoro di dritto

Ciò non pertanto, se l'individuo non può mai far grazia efficace della incorsa indegnità, in un caso da lui dipende che lo erede non vi incorra. Così, se alcuno denunziato dal suo parente, per un supposto reato che avrebbe potuto farlo condannare alla morte naturale o civile, sia assolto, essendo egli libero di perseguire o no per la calunnia il denunziante, il suo silenzio e la inazione di tre anni per cui prescriverebbesi la sua azione, (Inst. crim., articolo 638 Cod. pen., articolo 373) opererebbe che il parente non fosse condannato, e quindi non cadesse nella indegnità.

VI. — 74. La legge non porta che la indegnità sia mai di pieno dritto incorsa, e quindi essa può partorire i suoi effetti secondo che sia riconosciuta, stabilita da una espressa sentenza. E di fatti quantunque l'indegnità possa solamente pronunziarsi dai tribunali civili (essendo una quistione civile pecuniaria o di beni), dessa è sempre una pena reale da applicare per conseguenza al preteso reo, per quanto sia stato chiamato a discutere la sua colpabilità.

Si caverebbe invano argomento dalle parole del nostro art. 727 (648 M), il quale non dice, che quelli di cui è parola possono o devono essere dichiarati indegni, ma sì che *sono indegni*, e come tali esclusi dalle successioni: a confutarlo basta tutto l'articolo insieme. Invero le parole *sono indegni*, ecc. si riferiscono tanto all'ultimo paragrafo, che ai due precedenti dell'articolo, ma nel caso dell'ultimo la indegnità di pieno dritto è forzatamente impossibile: l'indegnità, per mancanza di denunzia dell'omicidio, per la quale non è indicato termine, può incorrersi solamente quando il giudice colla sua sentenza ne abbia valutato le circostanze. La quale osservazione prova, che i nostri compilatori non han voluto dare alla prima frase il senso energico ed imperativo che le si vorrebbe attribuire.

Ed essendo l'indegno, come l'assassino, il ladro e ogni colpevole di qualunque reato, legalmente tale dal giorno che una sentenza gli ha impresso tal qualità, ne emerge che la indegnità di uno erede non può dopo la sua morte pronunziarsi. Così se lo erede sia stato condannato come omicida del defunto, o calunniatore di lui in una capitale accusa (il che non potrebbe avvenire dopo la sua morte); e se morisse innanzi che il tribunale civile pronunziasse la indegnità, egli avrebbe il possesso immediato della successione, e morendo la trasmetterebbe ai suoi rappresentanti. La legge ferma questo principio nell'art. 957 (882) per la rivocazione della donazione per causa di ingratitudine: contro lo ingrato medesimo, non contro i suoi eredi, deve pronunziarsi la rivocazione.

75. Ma in qual termine, apertasi la successione, deve essere istituita l'azione per dichiararsi alcuno indegno? In nissun luogo del Codice indicandosi tal termine, nè essendosi ordinata una speciale prescrizione di tal dritto, ne segue dover rientrare sotto l'art. 2262 (2168) dichiarante, che tutte le azioni tanto reali quanto personali si prescrivono col decorso di trenta anni. Dunque l'azione deve intentarsi nei trenta anni dopo la apertura, e deve portarsi innanzi il tribunale del domicilio dell'erede, essendo certamente una materia affatto personale (C. proc., art. 59 (151)).

VII. — 76. Tale azione può essere di certo istituita da tutti coloro, che hanno un interesse presente che lo erede indegno non succeda. Così, allorquando l'indegno è uno di due eredi chiamati ad una successione, l'altro può farnelo escludere, onde raccogliere la totalità; se lo indegno è solo, tanto per la intera successione quanto pe' beni attribuiti ad una linea, il dritto di domandare la sua esclusione è di chi in sua mancanza vorrebbe prendere i beni di quella linea, o di tutta la successione.

romano fu conservato, così adottarono il principio che per tale materia erasi stanziato in quella legislazione (L. 4, Dig. XXXIV, 4 e L. 2, Dig. XXIX, 5). Eccone gli articoli:

« 650. L'erede, malgrado l'incorsa indegnità, può essere ammesso a succedere, quando il defunto espressamente lo avesse abilitato ».

« 651. L'abilitazione suddetta non potrà farsi che con un atto autentico, o con testamento fatto con pieno libertà ».

Nè solo spetta tale azione agli eredi perfetti o imperfetti che sieno, ma altresì ai legatari o donatari. Così, un legatario universale a cui la concorrenza dell'indegno, erede legittimario, toglierebbe tutta la quota legittima (art. 1004 (930)) può farlo dichiarare escluso per conseguire la intera successione; i legatari a titolo universale o particolare pei cui legati assottiglierebbesi la legittima, avrebbero lo stesso dritto per impedire la riduzione che dallo erede potrebbesi domandare, parimente i donatari che della riduzione temerebbero.

In breve il dritto di domandare la esclusione sarà solo, e unicamente di quelli cui, essa assicurerebbe i beni, che altrimenti passerebbero all' indegno.

77. Ma che avverrebbe, se parecchi eredi in concorrenza dovessero prendere il luogo dell'indegno, dove un solo di essi ne facesse pronunziare la indegnità? Lo indegno sarà escluso da quella parte cui lo erede attore può pretendere; o se è escluso da tutta la successione, apparterrà questa tutta all'attore? Non vi sarà dubbio, se lo erede attore ha fatto conclusione contro lo indegno per la restituzione della sua quota; in tal caso la esclusione avrà luogo per sola questa parte, l' indegno resterà nel possesso del rimanente, fino a che i coeredi del primo attore non facciano loro domanda. Nè vi sarebbe difficoltà, se, essendo attore un solo degli eredi, gli altri dichiarassero positivamente, 1° o rinunziare all' azione d'indegnità che loro compete, a fin di lasciare all' indegno i beni che potrebbero togliergli, 2° o rinunziare alla successione che ritengono come a loro devoluta, per effetto della indegnità dello erede che li precede.

Nel primo caso, rinunziando all' azione d' indegnità, di certo le quote che loro spetterebbero restano all' indegno, nè può reclamarle quegli che è attore nella indegnità; nel secondo, dichiarando di rinunziare alla successione, l' attore nella indegnità diviene allora per lo effetto della rinunzia il solo erede in vantaggio di cui la esclusione farebbe deferire tutta la successione. In un solo caso vi sarà dunque incertezza, quando i coeredi dell' attore non faranno alcuna dichiarazione di loro volontà, e l' attore farà conclusioni per la restituzione di tutta la eredità, la sua conclusione allora dovrà essergli aggiudicata?

Delvincourt risponde di sì; non potremo noi dividere il suo avviso, ed eccone i motivi. Tacendo i coeredi dell'attore, bisogna che basti, presumere la loro volontà, e la quistione riducesi, se dee presumersi piuttosto la rinunzia all' azione d' indegnità in prò dell' indegno, o la rinunzia della successione in prò del coerede attore. Non fa uopo certamente attenersi alla prima delle due presunzioni? il non reclamare di uno non dinota forse il suo consenso che si continui lo stato presente delle cose lo *statu quo?* se di quattro eredi di grado posteriore allo indegno agisse un solo, e gli altri stessero in silenzio, non è chiaro, che il silenzio di questi significhi: consentiamo (almeno sino ad ora, e salvo a mutar pensiero prima del termine della prescrizione) consentiamo per ciò che ne riguarda e per le parti, che potrebbero spettarci, a lasciar le cose quali sono, cioè a lasciar godere lo indegno che ben potremmo spogliare? Primo dee dunque serbare i tre quarti deferiti ai tre eredi, e diffinitivamente appropriarseli, se essi o i loro rappresentanti non chiedano a lor volta la indegnità prima dei trenta anni della apertura della successione..

78. Quistione più ardua è quella, se la azione d' indegnità propria degli eredi o legatari, potrebbe esercitarsi dai loro creditori. Noi crediamo con Chabot (n° 21) e Duranton (VI. 120) che dee rispondersi di nò. — L' art. 1166 (1119) permette al creditore, onde soddisfare il suo credito, di esercitare tutte le azioni del suo debitore, che son beni di lui, essendo tutti i beni di un debitore la garenzia dei suoi creditori, articolo 2093 (1963). Ma lo stesso articolo 1166 (1119) eccettua da tal facoltà i dritti, e le azioni esclusivamente personali; del qual numero crediamo esser l' azione di cui discorresi. I rapporti di un creditore col debitore sono meramente pe-

cuniari, e la nostra azione non è data per un interesse di tal fatta. La quistione dell' indegnità è cosa tutta morale, una discussione di famiglia in cui non debbono ingerirsi gli estranei; di contraccolpo e accessoriamente ne deriva il vantaggio pecuniario. Se debbono intentare l' azione giudichino gli eredi del defunto, i legatari o donatari verso cui è stato quegli largo di benefici: se taceranno, se avendo riguardo alla memoria del loro parente, o benefattore risparmieranno il suo erede, onde schivare un grande scandalo, altri non dee per un semplice interesse pecuniario annullare questa lodevole idea, e lor malgrado istituire l'azione, che, lo ripetiamo, ci pare esclusivamente personale.

729 (652). — L'erede escluso come indegno dalla successione è obbligato a restituire tutti i frutti e rendite, delle quali avesse goduto, dopo essersi aperta la successione.

SOMMARIO

I. La proprietà dell'indegno prima che tale sia dichiarato è risoluta rispetto a lui; ma mantenuta pei terzi, le di cui acquisizioni sono rispettate, siano pure a titolo gratuito; Errore di Chabot.

II. Lo indegno è debitore in generale dei frutti dal giorno dell'apertura, non potendo invocare alcuna prescrizione; è debitore altresì dei beni acquistati in permuta, del prezzo dei venduti, e alle volte di quelli donati, sempre cogl' interessi. — In qual caso speciale le rendite non sarebbero dovute dal giorno dell' apertura.

III. La dichiarazione dell' indegnità fa risorgere i dritti e i crediti che esistevano fra lo indegno e il defunto.

I. — 79. Lo erede, fino a che non sia dichiarato indegno è proprietario, dei beni da lui raccolti nella eredità, più non lo è dal giorno della dichiarazione: intorno a tali due idee non potrebbe dubitarsi. Ma che ne è della proprietà anteriore dell' indegno?

Ecco una quistione ardua su cui la legge, non dà precisa spiegazione, e noi siam costretti a deciderla con induzioni.

Il legislatore, per ciò che riguarda la proprietà anteriore alla dichiarazione dell' indegnità, poteva abbracciare tre diversi partiti: 1° mantenerla del tutto, e solo per l' avvenire annullare i dritti dell'indegno; 2° per lo incontro colpirla anche del tutto, risolvendola retroattivamente, e dichiarare che l' indegno sarebbe riputato di non averla mai avuto, 3° prendere infine un partito mezzano, risolvendo la proprietà rispetto all' indegno, e mantenendola quanto ai terzi a cui lo indegno avrebbe trasferito dritto sui beni. Secondo noi, questo spediente doveva abbracciarsi, e il legislatore lo ha fatto.

Era logico e morale, che l' indegno non cavasse alcun vantaggio dalla successione da cui è escluso e non ne potesse anche serbare i frutti; ciò positivamente è dichiarato dal nostro articolo che porta, dover lo indegno restituir tutti i frutti, interessi e rendite, quali che sieno, di cui abbia goduto dopo apertasi la successione. Era però altresì giusto che i terzi, i quali abbian trattato con lui, riputandolo erede e vero proprietario, fossero mantenuti nelle loro acquisizioni e non colpiti per colpa altrui; e ciò anche risulta non dai termini espressi, ma dallo stesso silenzio della legge. Difatti essendo lo indegno lo erede e il vero proprietario, il suo dritto non può annullarsi e disparire che quando la legge lo vorrà. Ora il nostro articolo dichiara implicitamente cessato questo dritto rispetto all'indegno; ma nè esso nè alcun'altro articolo estende fino ai terzi gli effetti del risolvimento, che deve essere affatto personale, come la colpa che si punisce.

80. Chabot, concede da una mano che le alienazioni o concessioni di servitù o altri dritti reali saranno valide se fatte a titolo oneroso, e dall'altra professa che saran nulle

se fatti a titolo gratuito, fondandosi sulla massima *soluto jure dantis solvitur jus accipientis*; ed aggiunge che la differenza fra l'acquirente a titolo oneroso e quello a titolo gratuito, deriva dall'essere, il primo più degno di favore, perchè *certat de damno vitando* mentre l' altro *certat de lucro captando*. Ma non è da ammettersi tale dottrina. Perchè da una mano, se fosse qui da applicare la regola *soluto jure dantis* (1), cioè se il risolversi del dritto rispetto all' indegno operasse pure contro i terzi, ciò di certo avverrebbe per tutti gli acquisitori indistintamente, non potendo nè vendere nè donare chi non ha la proprietà di una cosa. Chabot, con ammettere la validità degli acquisti fatti a titolo oneroso, riconosce per ciò non applicarsi qui il principio *soluto jure*. È di nessun momento la differenza di posizione fra le due classi di acquirenti, non occorrendo stabilir paragone fra l' acquirente a titolo gratuito e quello a titolo oneroso, ma sì fra l' acquirente in generale, e colui che domanda lo annullamento del suo acquisto, fra' quali ultimi si contende. Or se il donatario dell'indegno contende per un guadagno, nella uguale condizione trovasi chi vuole ritogliere all' indegno la successione; nella simiglianza delle condizioni deve esser preferito il donatario perchè possiede: in pari causa *melior est causa possidentis*. In fine l' analogia dell' art. 958 (883) risolve la quistione per tutti gli acquirenti, dacchè il Codice ordinando negli art. 955 e 1046 (880 e 1001) contro i donatarî e i legatarî alcune cause d'indegnità analoghe a quelle del presente articolo, dichiara assolutamente e indistintamente nell'art. 958 (883), che la revocazione pronunziata per tali cause non pregiudica alle alienazioni fatte dal colpevole.

II.—81. Dal nostro articolo vien dichiarato che l'indegno deve restituire tutte le rendite godutesi dopo l' apertura della successione, senza distinguere da quanti anni dopo quell' apertura sia stata pronunziata la dichiarazione di indegnità; talmente che egli potrebbe solamente prescrivere la restituzione di queste rendite con prescrivere quella dei beni, cioè col decorso di trenta anni dopo l' apertura. Dovrebbe altresì restituire, sebbene ciò non dica il testo, le rendite che ha trascurato di riscuotere, per modo di esempio, gl'interessi delle somme della eredità che ha ricevuto, equivalendo ad una rendita l' uso che ne ha fatto. Del resto, è certo che fra le somme a restituire cogl' interessi sarebbe il prezzo delle vendite fatte; e parimente egli renderebbe i beni permutati con quelli ereditarî. La legge in somma evidentemente vuole che nissun profitto tragga dalla successione.

Quanto alle donazioni da lui fatte, nel caso che ne fosse stato arricchito, egli ne dovrebbe lo indennizzamento. Così se avesse dato in dote alla figlia un immobile di 30,000 franchi che gli era stato donato, e insieme una egual somma sul suo proprio patrimonio, sarebbe il caso di dirgli: *eo locupletior factus es quantum propriae pecuniae pepercisti*.

82. Non occorre però sempre restituire le rendite fino dall' apertura della successione. L'effetto non può precedere la causa, nè la punizione colpire prima del fallo. Or vi ha un caso che l' erede diventa indegno, scorso un certo termine dall' apertura della successione, cioè, quando commessosi un omicidio in persona del defunto da un estraneo. l'erede ne sia informato, o pergiunga alla sua maggiore età dopo qualche tempo che si è aperta la successione. Così se l' erede sa dell' omicidio un anno dopo che ha raccolto i beni, non può di certo per causa d'indegnità esser privato delle rendite fino allora esatte, essendo sopravvenuta la causa dell' indegnità al fine di quel primo anno. Non si può per questo anno equipararlo a un possessore di mala fede. Gli effetti della indegnità, dichiarati che siano, possono retroagire sino al giorno in cui è stata

(1) Ricordiamo *dantis* significare, che *aliena* e non chi dona. *Dare* non significa, come si sa, *far donazione*, ma trasferire con qualunque titolo la proprietà; *donare, dono-dare* indica far donazione.

incorsa, ma non risalire al di là della sua causa. Il nostro articolo parlando dei casi più frequenti, e stabilendo *de eo quod plerumque fit*, vuole la restituzione dei frutti dal dì dell' apertura. Certamente nel caso stesso di cui parliamo, si riterrà che lo erede non abbia mai avuto la proprietà, ma che durante il primo anno sia stato un vero possessore di buona fede, da far suoi i frutti.

III. — 83. Dacchè per effetto della pronunziata indegnità il successibile è escluso dalla successione, e riputato di non essere stato mai erede, ne segue che egli si troverà debitore rispetto alla eredità delle obbligazioni che egli aveva verso il defunto, come altresì di quelle che questi aveva verso di lui, ridiverrà creditore: la sua qualità di rappresentante del defunto aveva estinto con la confusione le une e le altre (articolo 1300 (1254)) non potendo esser debitore o creditore verso se stesso; cessando tal qualità e considerandosi come non mai esistita, rinasceranno le une e le altre, e si terranno come non estinte.

Il dritto romano, è vero, a fin di punire con maggiore energia l'indegno, faceva risorgere le sue obbligazioni non però i suoi crediti (D. L. 34, t. 9, 17), ma simigliante risultamento sarebbe contrario allo spirito della nostra legislazione, la quale non permette che mai si arricchisse a spese di un terzo, fosse anche di mala fede.

È stata già osservata sotto l' art. 555 (480) questa differenza di principî fra le due legislazioni. Era per altro ammesso nella nostra antica giurisprudenza il ristabilimento dei crediti (Lacombe, *Indignità;* Lebrun, *Succ.*, L. 3, cap. 9).

730 (653 M). — I figli dell' indegno succedendo per ragione propria, e senza il beneficio della rappresentazione, non sono esclusi per la colpa del loro padre, ma questi non potrà in alcun caso pretendere nei beni cadenti nella successione, l'usufrutto che la legge accorda ai genitori sui beni de' loro figli.

SOMMARIO

I. L'indegno che la legge intende non potersi rappresentare, è chi tale è stato dichiarato, e che da allora è sopravvissuto al de cujus; *Errore di Merlin, Delvincourt, Duranton e Zachariae.*

II. L' indegno può raccogliere nella successione del figlio o di qualunque altro parente, i beni che in origine provengono dalla successione da cui è stato escluso. Egli può rappresentare colui rispetto a cui è stato dichiarato indegno, ed essere rappresentato dai suoi figli per qualunque altra successione che non sia quella di tale autore.

III. Evvi luogo a indegnità perchè non succede che colla rappresentazione.

I. — 84. Si sa oramai che si può succedere, o per ragione propria, o colla rappresentazione: per ragione propria, essendo per se in ordine utile a succedere; colla rappresentazione, essendo per se in un grado troppo rimoto, ed occupando, col permesso della legge, il luogo lasciato da un ascendente predefunto, che si reputa rivivere nella persona di chi lo rappresenta. Da ciò segue che non si può rappresentare una persona ancora vivente al tempo della apertura della successione (744 (666)).

Ciò è spiegato dalla prima frase del presente articolo dichiarante che i figli dell' indegno non saranno esclusi dalla successione, quando verranno per propria ragione e senza il beneficio della rappresentazione; il che vale che ne sarebbero esclusi se rappresentassero l' indegno.

E in vero perchè io sia il figlio d' un indegno, bisogna che mio padre sia stato tale dichiarato per una delle tre cause indicate dall' art. 727 (648), che contro di lui sia stato pronunziata una sentenza d'indegnità; or nè tal sentenza può essere pronunziata, nè la stessa domanda avanzata che dopo apertasi la successione; dunque se mio padre è stato riconosciuto indegno,

e come tale escluso, ciò avea luogo per essere ancora vivente nel giorno dell' apertura; e non potendosi rappresentare le persone viventi, ne emerge di non potersi mai rappresentare un indegno. Vi sarebbe del resto un' altra ragione, onde i figli dell' indegno non potessero raccogliere la successione colla rappresentazione di lui. Difatti, seppure prendessero il suo posto, (cosa non possibile, essendo il posto non vacuo) non più vi succederebbero, perchè in tutti i casi non potrebbero esercitare che i dritti di lui, ma egli non ne ha alcuno, essendo escluso per la sua indegnità. È dunque ben chiaro che i figli di una persona rimossa, come indegna, da una successione, non possono rappresentarla a fin di raccogliere quella successione. È questo, secondo noi, il senso semplice e naturale della regola implicita del nostro articolo, che i figli di un indegno non possono rappresentarlo nella successione di cui è indegno.*

85. Ma non tutti sono concordi intorno a ciò. Molti giureconsulti pretendono che questa regola implicita, si applichi non che *ai figli di chi* vivesse ancora nel giorno dell' apertura della successione, e che sia stato dichiarato indegno, ma altresì ai figli di chi sia morto avanti il *de cujus* (1). Così, Pietro è stato condannato per aver tentato di uccidere suo padre, o per aver promosso contro di lui un' accusa di delitto capitale, giudicata calunniosa; poi è premorto al padre. In questo caso alcuni credono che i figli di Pietro non potranno, rappresentando lui, succedere all'avolo, e che lo potrebbero solo per propria ragione; alla quale ipotesi, secondo il loro avviso, allude il nostro articolo.

I partigiani di questa dottrina traggono due argomenti, l' uno dal testo e l' altro dai principî.

Se il pensiero della legge, essi dicono, fosse stato che la rappresentazione non dev' essere negata se non se a' figli dell'individuo dichiarato indegno e superstite fin da allora al *de cujus*, non sarebbesi curato di farvi allusione nel nostro articolo, essendo un principio generale, sancito altronde espressamente dall'art. 744 (666), che non si rappresentano giammai le persone viventi, siano degne o indegne. — Su questo argomento non è mestieri di soffermarci: adusati come siamo dal Codice a difetti di compilazione troppo frequenti e spesso anche gravi, non facciamo le maraviglie per una lieve inutilità, massime che la è incidente e per mera allusione. Per altro il confronto del presente coll'art. 787 (707) presta un argomento di maggior forza. L'articolo 787 (704) è scritto *unicamente* per spiegare che non si succede giammai rappresentando un erede che ha rinunziato. Or per rinunziare ad una successione bisogna esser vivo alla sua apertura; dunque l' articolo 744 (666) con dire che non si rappresentano le persone viventi, aveva abbastanza dichiarato che non si rappresenta chi ha rinunziato! Quando la legge ha dettato un articolo *espresso ed intero* (787 (704)) per sancire, nel caso della rinuncia, la conseguenza di un altro articolo *precedentemente* scritto (744 (666)) come dire che essa non ha potuto indicare *incidentemente* solo questa medesima conseguenza nella materia dell' indegnità, quando il principio dell' articolo 744 (666) non era ancora noto?

Vediamo se sarà migliore l' argomento dei principî. La rappresentazione, dicesi, (vedremo più appresso cogli articoli 739 e 848 (660 e 767)) esser vero questo principio, benchè alle volte si sia negato) è una finzione che fa rivivere l' autore defunto nella persona del suo discendente,

* *Per* noi è divenuta inutile la quistione dibattuta fra gli scrittori francesi, essendo stato l'art. 730 C. c. modificato dall' art. 632 ll. cc. nel seguente modo:

« Ai figli dell'indegno non è di ostacolo la qualità del loro padre, sia che succedano di proprio dritto, sia che per succedere abbiano bisogno di rappresentare il grado dell'indegno.

« Ma il padre non potrà in niun caso pretendere su tale eredità l'usufrutto che la legge accorda ai genitori sui beni dei loro figli ».

(1) Merlin (*Rep., Rappresentaz.*, sez. 4, § 3); Delvincourt, Duranton (VI-131); Zachariae (IV, pagina 176).

talmente che bisogna scorgere in quest'ultimo non il discendente dell'autore defunto, ma l'autore medesimo riputato vivo. Dunque, se Pietro condannato per aver tentato di uccidere il padre, muore prima di lui, e alla sua morte; Paolo figliuolo di Pietro, succederà all'avolo defunto rappresentando il padre, si dirà a Paolo: dacchè invocate il beneficio della rappresentazione, voi non siete più Paolo figlio del condannato, ma Pietro lo stesso condannato fittiziamente vivo, e conseguentemente voi siete dichiarato indegno ed escluso dalla successione. E si aggiungerà che ciò sia logico ed equo perchè se per la finzione della legge Paolo può diventar Pietro a fin di esercitare i dritti di lui, conviene altresì che sia parimente Pietro a fin di portare i suoi debiti e le sue obbligazioni quali che sieno; non bisogna scindersi la rappresentazione ma prenderne il lato buono ed il cattivo.

È specioso questo argomento; ma crediamo non esser sodo. — Gli è vero che la finzione di cui è parola fa rivivere nel rappresentante il rappresentato, e che quello per conseguenza perpetua le obbligazioni non che i dritti del suo ascendente, ma il limite posto a tal principio si è varcato nell'argomento sopra riferito. La rappresentazione, difatti, non può perpetuare che le obbligazioni puramente civili, non quelle che han qualcosa di penale : ogni pena, per leggiera che sia, non può essere inflitta che al reo; diviene inapplicabile per la sua morte, nè a fin di scontarla, un individuo può essere rappresentato o fittiziamente risuscitato. Ora tutti gli scrittori, Duranton al pari degli altri, riconoscono essere l'indegnità una pena.

Indarno si direbbe, come ultimo spediente, che l'indegnità, sebbene abbia un carattere di penalità, non sia una pena propriamente detta, una pena criminale che dà luogo alla prigionia o alla ammenda, ma una pena affatto civile che muove solamente una quistione di successibilità. Qualunque siesi, non passa ai rappresentanti, e il Codice nell'art. 957 (882) ce ne dà la prova. In esso è argomento la rivocazione di donazione per causa di ingratitudine; la ingratitudine e la pena che la segue, presentano anche una quistione meramente civile di proprietà di beni , e non può produrre nemmeno la prigionia o l'ammenda ; si osservi anzi la pena in tal caso essere meno grave, e colpire un delitto più lieve togliendo, solamente la proprietà per lo avvenire, e lasciando le rendite sino al giorno della domanda, e poi è ammessa per maggior numero di cause (art. 755 (880)). Or l'articolo 957 (913)) dichiara che morendo il donatario ingrato la rivocazione non può esser domandata contro i suoi eredi.

La indegnità non incorresi mai di pieno dritto, e la qualità d'indegno può solo ed espressamente da una sentenza essere impressa; dunque, se lo erede sia morto prima di tal sentenza, non lo è indegno; i suoi figli non sono i figli di un indegno nè rientrano sotto la lettera del nostro articolo. Il quale, composto di una sola ed unica frase, dopo aver detto che i figli dell'indegno potranno raccogliere i beni rappresentando il loro padre, aggiunge poi che il padre non potrà pretendere sopra questi beni il suo dritto di usufrutto legale. Dunque quel padre dev'essere ancora vivo (1).

II. — **86.** Si scorge dal nostro articolo che la indegnità, dichiarata che sia per sentenza, impedisce allo erede non che di prendere o di conservare con questo titolo i beni della eredità, ma anche di esercitare sopra essi, se sono raccolti da un suo figlio minore, l'usufrutto legale conferito dall'art. 384 (298): non vuole la legge che l'apertura della successione rechi all'indegno alcuna sorta di vantaggio.

Ma non bisogna estendere al di là di tai limiti la penalità. Se dunque il figlio dell'indegno, dopo avere raccolto per proprio dritto i beni di tal successione , morisse lasciando per erede il padre , costui che

(1) *Conf.* Chabot (art. 730, n. 1); Favard (*Succ.*, art. 2, § 4); Toullier (IV-112); Duvergier (*loco cit.*); Pothier (*Succ.*).

era indegno rispetto al proprio padre, Primo, ma non è tale rispetto al suo figlio Terzo, raccoglierebbe nella successione di quest'ultimo i beni da cui la sua indegnità lo aveva escluso nella prima successione: i quali beni egli non ha come lasciati da Primo, ma sì come lasciati da Terzo; or la legge non vuole che per attribuire le successioni si vada a cercar l'origine dei beni (art. 732 (655)). Così anche avviene se per la esclusione di un indegno che non avesse figli, tutti i beni fossero passati a suo fratello o a suo zio, i quali zio o fratello, morissero poi non lasciando erede più prossimo dell'indegno. In breve, lo indegno potrebbe raccogliere in qualunque altra successione consecutiva i beni derivanti da quella da cui la sua indegnità avevalo fatto rimuovere.

87. Parimente, e sempre per non potersi estendere la pena oltre ai suoi limiti legali, l'indegno, sebbene non possa essere rappresentato per la successione del suo autore, potrebbe ben rappresentare costui a fin di raccogliere la successione di un altro parente. Così Pietro era stato condannato qual calunniatore in un accusa di delitto capitale contro suo padre, e alla morte di lui è stato escluso dalla successione per la domanda dello zio o dell'avolo, fratello e padre del defunto; muore oggi quest'avolo, e lo zio vuol rimuovere Pietro dalla successione con dirgli: io son figlio del defunto, erede in primo grado, voi siete suo nipote, erede in secondo solamente, dunque voi non potete concorrere con me senza la rappresentazione; or voi non potreste rappresentare quello rispetto a cui voi siete incorso nella indegnità. Non sarebbe ammessa questa pretesa; l'indegno ben rappresenterà suo padre, non occorrendo per rappresentare un individuo essere stato suo erede; ciò prova l'articolo 744 (666) dichiarante che non si può rappresentare quello alla cui successione si è rinunziato.

88. E potendo l'indegno rappresentare il suo autore, quello stesso verso cui si è reso colpevole, perchè più non trattandosi della sua successione, cessa di essere indegno, e ritrova tutti i suoi dritti, ne segue che i suoi figli altresì, nell'ugual caso che non si tratterà più di tal successione, potranno non solo rappresentar lui, ma rappresentare anche tale autore. Così se Pietro rimosso come indegno dalla successione di Paolo suo padre, muore lasciando un figlio, e morto lui apresi la successione del suo avo, bisavolo del figlio, costui succederebbe al bisavolo, quand'anche fosse in concorrenza collo zio, fratello dell'avo, figlio del bisavolo. Questo figlio di fatti col mezzo della rappresentazione salirà nel grado di suo padre (l'indegno); poi esercitando il dritto di costui, muoverà da questo grado per salire a quello dell'avo come avrebbe fatto lo stesso indegno; di là potrà dire al fratello dell'avo; eccomi divenuto colla finzione della legge figlio del defunto al par di voi, e quindi mi spetta la metà della successione.

III. — 89. Resta a far lo esame di una quistione che ci sembra abbastanza ardua e non è spiegata da alcun scrittore; cioè se colui che viene alla successione colla sola rappresentazione, può esserne dichiarato indegno pel suo fatto proprio. Così se Pietro condannato per calunnia in una accusa di delitto capitale promossa contro il suo avo, vede morire prima il padre e poi l'avo, e si presenta nella successione di costui, concorrendo con uno zio e rappresentando suo padre Paolo, dovrà esserne escluso come indegno? — Naturalmente ci sentiamo inclinati a rispondere di sì, non vedendo come il venire questo nipote solo con la rappresentazione potrebbe renderlo men reo; ma si presenta non di meno una obbiezione che merita essere sciolta.

« Non si può escludere come indegno, si dirà, se non se chi realmente e personalmente sia erede. Or se in fatto e nella realità delle cose l'erede è qui Pietro, per lo incontro in dritto e nelle teoria legale l'erede è Paolo, padre di Pietro e figlio del defunto, il quale colla finzione della legge rivive nella persona di Pietro. Pietro non viene per ragione propria; perchè suo zio lo rimoverebbe non solo come indegno, ma per essere di un grado assai

lontano; egli viene per dritto di Paolo nel posto e coi dritti di lui, cioè coi dritti che Paolo avrebbe se tuttora vivesse (739 (660)) Or se vivesse Paolo, non potrebbe essere escluso per causa d'indegnità. — Lo scopo della legge nel creare la rappresentazione è che le cose avvengano quasi il rappresentato fosse sopravvissuto al *de cujus*, e fosse morto immediatamente dopo; or Paolo sopravvissuto, avrebbe raccolto la successione in metà con suo fratello, e morendo la trasmetterebbe oggi a Pietro che non potrebbe essere escluso come indegno, perchè succederebbe a suo padre, e la sua denuncia non è stata promossa che contro l'avo ».

Malgrado queste ragioni, non adottiamo la dottrina. Sì, la rappresentazione è una finzione e nella persona di chi l'abbia a se applicata non vedesi più lui, ma l'autore rappresentato; non più lui, ma suo padre, erede del *de cujus*. Ma per venire a questo; bisogna innanzi tratto applicare a se medesimo la finzione, il che viene impedito dall' indegnità non meno che dalla incapacità. L'effetto non può precedere la causa; or la trasformazione giuridica del figlio nel padre è effetto della finzione. Ed ora il dritto di usare di tal finzione per questa o quella successione è uno dei dritti di successibilità; dunque questo dritto non può essere esercitato che da coloro i quali non sono nè incapaci nè indegni, relativamente alla successione di cui si tratta.

In breve, la rappresentazione è una finzione e chi è atto a giovarsene può giungere con essa a dire che non egli ma suo padre è l'erede; ne trarremo la conseguenza sotto l'art. 848 (767), ma venire a rappresentare in una successione importa esercitarvi un dritto; or l'indegno non ha sulla successione nè questo nè altro dritto.

CAPITOLO TERZO

DEI DIVERSI ORDINI DI SUCCESSIONE LEGITTIMA

90. In questo capitolo, malgrado la poco esatta rubrica, il Codice tratta soltanto delle successioni regolari, cioè degli eredi legittimi; nel seguente poi, delle successioni irregolari, cioè degli eredi imperfetti.

Il nostro capitolo ci esporrà successivamente in cinque diverse sezioni:

1° Alcune regole generali sull' attribuzione delle eredità.

2° Il sistema della rappresentazione;

3° 4° e 5° Il quadro degli eredi legittimi divisi in tre classi: i discendenti, gli ascendenti, i collaterali: i quali eredi, come si vedrà, sarebbe stato più logico dividere in quattro classi.

SEZIONE PRIMA

DISPOSIZIONI GENERALI

731 (654). — Le successioni si deferiscono ai figli e discendenti del defunto, ai suoi ascendenti, ed ai suoi parenti collaterali, nell' ordine ed a tenore delle regole determinate qui sotto.*

* L'articolo 654 porta così: *La successione legittima sarà deferita ai figli o ai discendenti, ecc.*

SOMMARIO

I. Le successioni non son deferite ai parenti più prossimi: ma all'ordine più favorevole.— Invece di tre ordini o classi, vuolsi distinguerne quattro.
II. Osservazioni.

I.— 91. Gli eredi son divisi in varie classi, ciascuna delle quali passa interamente innanzi di chiamarsi alcun parente della classe consecutiva: così, finchè esiste un discendente del defunto, fosse pure in terzo o quarto grado, non si chiamerà verun ascendente nè collaterale, ancorchè del secondo o anche del primo grado. Sicchè non sarebbe esatto dire, come spesso si fa, che le successioni appartengono ai parenti più prossimi ; giacchè il mio pronipote del terzo grado escluderà sempre mio fratello che è del secondo, e i miei genitori che son del primo. Dunque non al più prossimo, ma sì alla classe più favorevole di parenti, deferiscesi la successione.

Secondo il nostro articolo, parrebbe non esservi che tre ordini di parenti; ma in verità sono quattro. Imperocchè non è da credere che tutti gli ascendenti precedano tutti i collaterali; essendovi alcuni di questi che concorrono cogli ascendenti più favorevoli ed escludono tutti gli altri. Bisogna dunque contar quattro ordini di eredi: 1° i discendenti ; 2° gli ascendenti e collaterali privilegiati; 3° gli ascendenti ordinari; 4° i collaterali ordinari. —Gli ascendenti privilegiati sono il padre e la madre; i collaterali privilegiati, i fratelli e le sorelle e i loro discendenti. —Pure non assolutamente e per se stessi i genitori sono ascendenti privilegiati; lo divengono pel loro concorso con fratelli e sorelle o con discendenti da essi. Non essendovi collaterali privilegiati, non vi son tampoco ascendenti privilegiati. Sicchè (ed è importante osservazione) le regole stanziate per gli ascendenti in generale, si applicano ai genitori come agli altri, se non vi sono collaterali privilegiati, la presenza dei quali unicamente pone i genitori in una classe distinta.

Adunque in ciascun ordine soltanto considera la legge la prossimità del grado; intorno alla qual proposizione bisogna fare due importanti avvertimenti, e inoltre una eccezione.

II.— 92. E in prima, pe' discendenti e pei collaterali privilegiati, la legge ammette la rappresentazione il cui effetto, come si sa, è di far risalire un figlio al posto del padre, dell'avo, ec.; in guisa che fittiziamente soltanto gli eredi chiamati posson dirsi i più prossimi.—Di poi in ogni eredità deferita ad ascendenti o a collaterali, privilegiati o no, la eredità dividesi in due parti uguali, l'una pe' parenti paterni, l'altra pei materni, e ciascuna metà appartiene al più prossimo parente di ciascuna linea; di modo che, se il defunto lascia da un canto suo padre (parente di primo grado) e dall'altro, suo avo o suo bisavo materni (parenti di secondo o terzo grado) o soltanto un cugino materno, del duodecimo grado, una sola metà avrà il padre, e l'altra metà l' avo il bisavo o il cugino, e il duodecimo grado potrà vedersi in concorrenza col primo (art. 733, 753 (TT)). Non si potrà dire allora che i beni sieno attribuiti ai parenti più prossimi, senza dire che la legge in tal caso divide l' eredità in due successioni distinte e deferite separatamente. Così considerate le cose ed essendovi due successioni separate, sarà vero che ciascuna è deferità ai parenti più prossimi in ciascun ordine.

In fine, anche dopo queste due osservazioni, rimarrà ancora una eccezione alla regola del deferimento per prossimità di grado in ciascun ordine; poichè la legge chiama nel tempo medesimo i fratelli e le sorelle o i loro discendenti, i quali (realmente o fittiziamente) sono in secondo grado, insieme coi genitori, che sono in primo (art. 748 (671)).

Tutto ciò, del resto, non potrà comprendersi chiaramente che con la spiegazione delle seguenti sezioni.

732 (655). — La legge non considera nè la natura, nè l' origine de' beni per regolare la successione.*

SOMMARIO

I. Estreme difficoltà che sopra la natura dei beni e loro origine presentava l'antico sistema colle sue distinzioni che variavano secondo le località.

II. Il Codice non riguarda mai la natura dei beni, e in soli tre casi fa parola della loro origine.

I. — 93. Un tempo distinguevasi per regolare una successione la natura ed anche l' origine dei beni lasciati dal defunto.

E da prima intorno alla loro natura i beni erano nobili o ignobili *(roturiers)*, e ognuna delle due classi aveva un ordinamento particolare, di successione; si distinguevano i mobili dagl' immobili, questi attribuivansi ai tali eredi, quelli ai tali altri; bisognava alle volte distinguere se il tale immobile era o no burgensatico; il che in una stessa città variava secondo le strade.

Quanto alla loro origine gl'immobili dividevansi in acquisiti *(acquêts)* e in *proprî*: gli acquisti, cioè gl' immobili acquistati dal defunto passavano ai tali eredi; gl' immobili proprî, quelli cioè che egli aveva raccolti dalla propria famiglia, si trasferivano ad altri. Dividevansi poi i proprî che provenivano al defunto dal lato paterno da quelli dal lato materno; e i primi ritornavano ai parenti paterni, i secondi ai materni conforme la regola *paterna paternis materna maternis*, nota col nome di divisione (fente). Dopo la quale divisione dei proprî in paterni e materni, facevasi una suddivisione (refente) sopra basi più o meno intrigate, secondo che la consuetudine era di stirpi *(souchère)*, *o di lato e linea o di semplice lato*, ec. ec.

Così nelle consuetudini di stirpe occorreva cercare qual fosse l'autore che aveva acquistato gl' immobili e introdottili nella famiglia *(en qui l'immeuble avait souchè, avait fait souche)*, e l'immobile apparteneva al parente che al defunto si rannodava per mezzo di questo autore. Si imagini qual travaglio, quali indagini richie-

* L'art. 655 porta così: « La legge nel regolare la successione risguarda la prerogativa della linea nei modi e casi espressi in seguito, e la prossimità della parentela. — Non attende l' origine dei beni se non nei casi espressi negli art. 670 e 681.»

I casi di cui trattano i due riferiti articoli sono: la riversione legale in favore degli ascendenti delle cose da loro donate o dotate ai discendenti (art. 670), e la successione dei fratelli e sorelle legittime e loro discendenti ai beni che il figlio naturale avrà ricevuto dal padre e dalla madre (681).

Se non che oltre a quelli di cui trattano i due citati articoli, vi ha altri due casi nei quali la legge riguarda pure l'origine dei beni, e sono preveduti negli art. 275, 276 e 952 che noi qui richiamiamo alla memoria.

275. « Quando l'adottato muore senza discendenti legittimi, le cose date dallo adottante o provenute dalla di lui eredità, le quali esisteranno in ispecie al tempo della morte dell'adottato, ritorneranno all'adottante o ai suoi discendenti, coll'obbligo di contribuire al pagamento dei debiti, e senza pregiudizio dei dritti del terzo.

276. « Se durante la vita dell'adottante, e dopo la morte dell'adottato, i figli o discendenti di costui morissero essi pure senza prole, l'adottante succederà nelle cose da lui date, siccome è stabilito nell'antecedente articolo; ma questo diritto sarà inerente alla persona dell'adottante, e non trasmessibile a' suoi eredi, ancorchè discendenti.

« 952. I maioraschi saranno trasmessibili nella sola discendenza legittima e naturale del primo istitutore, o in quella dell'istituito da qualunque di essi comincerà il maiorasco, ai termini dell'atto di fondazione, per ordine di primogenitura, col dritto di rappresentazione nella linea maschile di maschio in maschio.

« All'ultimo possessore della linea retta, che muoia senza figli o discendenti maschi di maschio, succederà il primogenito maschio di maschio della linea prossima all'ultimo possessore, di cui sia zio paterno, o fratello, o anche in maggiore distanza, purchè sia primogenito nella sua linea, e sia nel ramo che prossimamente si distacca, e si è distaccato dalla linea retta primogeniale dell'ultimo possessore: dovendo formare tutti i maschi di qualunque ramo o linea una sola linea di qualità maschile, per succedere con quell'ordine che sopra si è indicato; misurandosi sempre la prossimità e la qualità di primogenito col dritto di rappresentazione. Sono sempre e per modo di regola, escluse tanto le femmine, che i discendenti per mezzo di femmina ».

desse una simigliante regola! (1).

II. — 94. A questo inestricabile laberinto è succeduta una via semplice e piana. La legge non riguarda più la natura, nè l'origine dei beni, i quali formano tutti in unica massa un patrimonio identico che si devolve secondo regole chiare ed uniformi per qualunque paese.

Or questa regola, che la legge non riguarda l' origine e la natura de' beni, soffre tre semplicissime eccezioni. — La prima ci è stata indicata dagli art. 351 e 352 (275 e 276) nella materia della adozione. — La seconda ci sarà notata dall'art. 747 (670), il quale vuole, che morendo senza prole legittima una persona che abbia ricevuto beni da uno dei suoi ascendenti, il donante sopravvivendo raccolga quei beni ad esclusione di tutti gli altri. — In ultimo, conforme l'art. 766 (681), se un figlio naturale riconosciuto dal padre o dalla madre, muoja senza discendenti legittimi o naturali, e dopo la morte dell'autore che lo ha riconosciuto, la legge considera pure l' origine dei suoi beni per far passare quelli provenuti dal suo autore ai discendenti legittimi di costui.

733 (T). — Qualunque eredità devoluta agli ascendenti od ai collaterali, si divide in due parti eguali; l' una a favore dei parenti della linea paterna, l' altra a favore de' parenti della linea materna.

I parenti uterini o consanguinei non sono esclusi dai germani, ma non prendono parte che nella loro linea, a riserva di ciò che sarà dichiarato qui sotto all' art. 752 (T) I germani prendono parte nelle due linee.

Non si fa alcun passaggio dall' una all' altra linea, se non quando non si trova alcun ascendente, nè alcun collaterale di una delle due linee.

SOMMARIO

I. Le tre regole del presente articolo riduconsi a questa, che ogni eredità, devoluta ad ascendenti o collaterali, dividesi in due successioni attribuite separatamente ai parenti paterni ed ai materni.

II. Ma questa regola non s'applica che agli ascendenti o collaterali non privilegiati, ossia alla terza e alla quarta classe, non già alla seconda.

III. Epilogo de' due numeri precedenti, ed osservazione che ne deriva su i quattro ordini di eredi.

IV. Osservazioni sul dritto de' parenti germani.

I. — 95. Questo articolo ci offre tre proposizioni, di cui le due ultime son conseguenza della prima. Esso di fatti riducesi a quest'unica regola, già sopra notata, che qualunque eredità devoluta agli ascendenti o ai collaterali, si divide in due parti eguali, attribuite separatamente, l' una in favore de' parenti della linea paterna, l' altra in favore de' parenti della linea materna.

In Roma *parentes (da parere*, generare) significava solo il padre la madre ed altri ascendenti; da noi, la parola parente è diventata espressione generica di qualunque membro della famiglia. I parenti, come l' abbiamo già detto all'art. 161 (158), sono quelli che discendono l' una dall' altra o da un comune autore.

Parenti paterni di una persona diconsi primamente il padre, poi tutti quelli che per mezzo del padre si riattaccano a lei; miei parenti materni sono mia madre, e tutti quelli che per mezzo di lei mi sono congiunti. Sicchè tutti i parenti di mio padre, anche materni, sono per me parenti paterni; e dal lato di mia madre, mi sono del pari parenti materni tutti i parenti di lei, anche paterni. Un individuo spesso è mio parente paterno, essendo io suo parente materno, e viceversa; così i figli di mia sorella consanguinea, sono miei nipoti paterni, congiungendosi a me per mezzo di mio padre; per lo incontro

(1) Si può leggere su questo argomento nel repertorio di Merlin l'art. *Paterna paternis.*

io sono per essi zio materno, congiungendomi a loro per il lato della madre. All'apertura dunque di una successione, onde distinguersi i parenti paterni da quelli materni del defunto, bisogna unicamente riguardare il padre e la madre del defunto, e conoscere se dal lato del primo, o del secondo si rannodino a lui questi e quelli parenti.

96. Diciamo che l' intiero articolo non fa che svolgere l'idea del primo paragrafo. Ed in vero, dire che si divide la eredità in due metà, in due eredità, delle quali una passa ai paterni e l' altra ai materni, val lo stesso che dire (come nel secondo paragrafo), che i germani, quelli cioè che sono paterni o materni ad un tempo, prenderanno parte in tutte e due, e che gli uterini (o materni) e i consanguinei (o paterni) senza essere esclusi dai germani, succederanno solo nella loro rispettiva linea; val lo stesso in fine che dire (come nell' ultimo paragrafo), che la metà spettante alla linea paterna non farà passaggio ai parenti materni, se non quando non si troverebbe alcuno ascendente nè alcun collaterale paterno, e *viceversa* (1).

II.—97. Ma queste tre regole, o piuttosto questa regola (riducendosi ad una le tre) non si applica a tutti gli ascendenti o collaterali senza eccezione: anzi se ne eccettuano gli ascendenti e i collaterali privilegiati. I quali ultimi, cioè i fratelli e sorelle o loro discendenti, hanno un sistema diverso, come pure gli ascendenti privilegiati, cioè il padre e la madre che concorrono coi collaterali privilegiati, per modo, che la regola si applica 1° sempre ai collaterali ordinarî, 2° sempre agli ascendenti ordinarî, cioè a tutti fuori il padre e la madre, e 3° al padre e alla madre medesimi, quando non concorrano coi collaterali privilegiati: in altri termini la regola non si applica alla seconda delle quattro classi da noi distinte sotto l' art. 731 (654).

In effetto essendovi fratelli o sorelle o discendenti da loro, fossero pure consanguinei o uterini, cioè solamente paterni e materni, e trovandosi di contro ad ascendenti ordinarî o ai collaterali ordinarî dell' altra linea, nulla costoro ottengono, e i collaterali privilegiati prendono la totalità della successione; il che vien dichiarato dalla fine dell' art. 752 (T) a cui rimanda il nostro secondo paragrafo. Or la è questa una eccezione non solo al secondo, ma a tutti e tre i paragrafi del nostro articolo. Imperocchè se allora è vero (in contrapposto al nostro secondo paragrafo) che gli uterini o consanguinei possono non solamente succedere nella loro linea, è altresì vero (in contrapposto al paragrafo primo) che la eredità non dividesi in due metà, per ognuna delle linee paterna e materna; ed è perciò vero (in contrapposto al paragrafo terzo) che vi sia attribuzione di due metà, cioè della totalità della successione ad una sola linea, quantunque vi sieno nell' altra ascendenti o collaterali. In breve, avvi eccezione a quest' unica regola comprendente le due altre, che la eredità devoluta ad ascendenti o a collaterali, si partisce in due distinte successioni, una per ciascuna linea.

98. E non soltanto avvi eccezione al nostro articolo, quando i fratelli o le sorelle o discendenti da essi sono di contro ad ascendenti ordinarî o ad altri collaterali, cioè nel caso dello art. 752 (T); ma pure allorchè concorrono co' genitori del defunto, caso preveduto dagli art. 748 e 749 (631 e T). Sicchè lasciandosi dal defunto il padre e la madre e un fratello uterino, se si applicasse il nostro articolo, se una metà della sua eredità dovesse passare a ciascuna linea, il padre, in mancanza di altri parenti paterni, prenderebbe una metà; ma non è così: il padre prende un quarto, un quarto la madre, e la seconda metà il fratello (art. 748, (671)); e se la madre fosse premorta e non vi

(1) Quando diciamo *alcun* collaterale intendiamo, come si concepisce, alcun collaterale in ordine utile per succedere. Noi abbiamo già avuto il destro di dire, e si vedrà ben tosto coll'art. 755 (673), che i parenti non succedono che sino al dodicesimo grado inclusive.

fosse che il padre e il fratello uterino, il primo, benchè rappresentante la linea paterna, non avrebbe ancora che il suo quarto, e prenderebbe i tre quarti il fratello materno (art. 749 (671)).

Si vede dunque, essere il nostro articolo inapplicabile non solo a' fratelli ed alle sorelle, e loro discendenti di contro ad ascendenti o collaterali esclusi da loro, ma altresì a' genitori che con essi vengono a concorrere; di guisa che la partizione del patrimonio in due successioni eguali, devolute alle due linee paterna e materna, non ha luogo per la seconda delle quattro classi d'eredi.

III. — 99. La regola che partisce in due una successione, non applicasi nemmeno alla prima classe, cioè ai discendenti, per la semplicissima ragione, che dessi son di necessità parenti del defunto in ambe le linee. In fatti, tutti i miei discendenti sono per me parenti ad un tempo paterni e materni, essendo come me nati dai miei genitori.

Adunque, la successione devolvesi 1° (in una sola massa) ai discendenti, cui viene attribuita secondo la prossimità reale o fittizia del grado; 2° (anche in una sola massa) agli ascendenti e collaterali privilegiati, o a questi ultimi soltanto, giusta un sistema particolare; 3° e 4° (divisa in due successioni, paterna e materna) agli ascendenti ordinarî; indi a' collaterali ordinarî, giusta la stessa prossimità reale del grado.

IV. — 100. Il nostro articolo dichiara, che quando la successione dividesi in due parti, attribuite separatamente alle due linee, i parenti germani, quelli cioè che appartengono ad entrambe le linee, prendon parte nelle due successioni, come dovea essere, essendo chiamati all'una e all'altra dalla loro duplice parentela.

Così, quando io non lascio altri parenti che Pietro, mio cugino di sesto grado dal lato di mia madre, e Paolo dello stesso grado, mio cugino paterno; allora Paolo prenderà la successione paterna, cioè la metà spettante ai parenti paterni, indi verrà nell'altra successione, ossia nella metà spettante ai parenti materni in concorrenza con Pietro per prendere ognuno una parte eguale; di guisa che avrà diffinitivamente Paolo tre quarti della mia successione, e Pietro un quarto solo. Che se Paolo fosse cugino materno in settimo grado, Pietro, essendo nel sesto, lo escluderebbe in questa linea, e ciascuno prenderebbe una delle due successioni, cioè ognuno la metà dell'intera mia successione.

Se per l'incontro Paolo fosse mio cugino materno di quinto grado, escluderebbe intieramente Pietro, e raccoglierebbe solo le due successioni.

Così ancora, se uno de' parenti del defunto è il suo più prossimo ascendente in una linea, e il suo più prossimo collaterale dell'altra, che non ha ascendenti, questo parente senza dubbio raccoglierà egli solo le due metà, paterna e materna. Michele Ricard, avvocato al parlamento di Rouen, avea sposato Maria Bouteillier sua cugina germana, ed era morto lasciando di lei unico figlio Prospero, il quale, morendo nel 1822 senza prole, lasciò superstite la madre. Costei, in quella che era più prossima ascendente della linea materna, era altresì nella linea paterna cugina del defunto, essendo cugina germana del padre di lui. Or la linea paterna non avea che un altro cugino di grado più lontano di Maria: ella dunque evidentemente dovea raccogliere anche le successioni, o le due parti paterna e materna.

Pure il cugino più lontano, Carlo Passè, pretese essere unico erede della linea paterna, e lo sostenne tanto avanti il tribunale, che alla Corte di Rouen, ove fu detto che la parentela diretta *assorbiva* e faceva sparire la collaterale, e che una donna non può essere al tempo medesimo madre e cugina di una stessa persona. Grave errore era questo: la parentela poggia sopra *un fatto*; non vi ha cosa che possa *assorbire* i fatti; nè poteva distruggersi il fatto che Maria Bouteillier discendesse dallo stesso avo, come Michele Ricard suo marito e padre del defunto, e fosse quindi cugina paterna di quest' ultimo in quinto grado.

Le pretensioni del signor Passè furono rigettate prima dal tribunale e poi dalla Corte (Decis. del 22 gennaro 1841; Dev., 41, 2, 175).

734 (T). — Eseguita questa prima divisione tra la linea paterna e la materna, non ha più luogo alcun' altra divisione tra i diversi rami; ma la metà devoluta a ciascuna linea, appartiene all'erede, o eredi, che si ritrovano in grado più prossimo, eccettuato il caso della rappresentazione, come sarà dichiarato in appresso.

SOMMARIO

I. La legge, che ammette la ripartizione delle successioni fra le due linee, non ne ammette una seconda frai due rami di ciascuna linea.

II. L'articolo è inesatto, indicando il caso di rappresentazione, come quello che possa far eccezione alla regola dell' attribuzione di ciascuna metà per prossimità di grado.

I. — 101. La legge nel precedente articolo ammette la partizione delle successioni fra le due linee paterna e materna; qui dichiara non esservi mai ripartizione fra' due rami di ciascuna linea. È vero che la stessa partizione non è più quella dell' antico dritto. Un tempo i beni paterni, molti o pochi che fossero, passavano alla linea paterna, e i materni alla materna; oggidì la metà di tutti i beni, quali che sieno, è attribuita a ciascuna linea: allora si diceva *paterna, paternis, materna maternis;* oggi dicesi *dimidium paternis, dimidium maternis.* Ma in fine ci è ancora una partizione delle successioni fra le due linee, sebbene sopra basi diverse, non essendovi giammai ripartizione fra' due rami di ciascuna linea (1).

Così, io muojo lasciando da un lato mio padre, e dal lato della madre già premorta, il padre e l' ava materna di lei: la mia successione si partirà in due metà, una delle quali sarà di mio padre; ma di chi l'altra? Se il Codice ammettesse la suddivisione fra' due rami di ciascuna linea, bisognerebbe suddividere questa metà in due altre parti, una per la linea paterna di mia madre, e l' altra per la materna; sicchè suo padre ne prenderebbe una, e l'altra l' ava materna. Ma non sarà così; dovendo prendere la metà attribuita a questa linea, il più prossimo parente di ciascuna delle mie linee, prenderà questa metà il padre di mia madre, senza che possa pretenderla l' ava materna. Vero è che se non vi fosse ava, ma la figlia, la madre di mia madre, ella prenderebbe un quarto, e lascerebbe l' altro al marito ch' è il padre di mia madre; ma questa attribuzione della mia successione materna ai due parenti che ugualmente se la dividono, non si fonderebbe sull'essere uno del ramo paterno e l'altro del ramo materno (della mia linea materna), ma unicamente sull' essere del medesimo grado nella loro linea.

Parimente, se nella mia linea paterna io non ho nè padre nè alcuno ascendente, ma soltanto due cugini, la metà della mia successione sarà a questi attribuita, sempre per la prossimità del grado, e senza distinzione di rami. Onde se sono tutti e due miei cugini germani (2), essi se la divideranno ugualmente, essendo del medesimo grado; se, per converso, fosse l'uno mio cugino germano, e l'altro figlio di germano, il primo prenderà tutto, perchè è di un grado più prossimo, senza riguardare se rispetto a me siano o pur nò dello stesso

(1) Comprendesi che ciascuna delle due mie linee di parentela si suddivide in due linee che rispetto a me altro non sono che rami di una medesima linea principale. Difatti i miei parenti paterni sono tutti i parenti di mio padre; ma mio padre aveva anche parenti paterni e materni, ed era lo stesso dal lato di mia madre.

(2) Si sa chiamarsi cugini germani i figli dei fratelli o sorelle fra loro, cioè i cugini più prossimi, sicchè *germano* non ha qui lo stesso senso, come quando è opposto a consanguineo o uterino.

ramo, che vale della stessa linea rispetto a mio padre.

102. E poichè, dopo fatta la divisione fra le due mie linee, non si dee badare ai rami di parentela, non vi sarà dunque da applicare, in una linea in particolare, la regola scritta solamente per la totalità della successione: che i parenti germani prendano parte nei due lati. Così, poniamo che per eredi nella linea paterna io abbia tre zii dei quali l' uno era fratello germano di mio padre, gli altri due eran solamente consanguinei o uterini: tal circostanza non impedirà che essi si dividano ugualmente la metà della linea paterna. La distinzione fatta dalla legge tra i parenti paterni, materni o germani, non cade su' paterni, materni o germani, *del padre del defunto*, bensì sopra quelli del *defunto* stesso. Or tutti i parenti (paterni materni o germani), di mio padre, sono miei parenti paterni, come tutti i parenti (paterni materni o germani) di mia madre, sono miei parenti materni. I miei tre zii, fratelli di mio padre, essendo tutti e tre della mia linea paterna, e nello stesso grado, prenderanno per ognuno un terzo della metà attribuita alla loro linea.

In breve, qualunque successione devoluta ad ascendenti o a collaterali non privilegiati, si divide in due metà, pe' parenti paterni e materni del *defunto;* ma ciascuna metà non si suddivide poi fra' parenti paterni e materni, o del *padre* o della *madre* del defunto, ma passa per la sola prossimità del grado agli ascendenti o collaterali, qualunque siéno, della linea a cui appartiene.

103. Per fermo, quando diciamo che la metà attribuita a ciascuna linea devolvesi colla sola regola della prossimità del grado , non vuolsi dimenticare che i beni non passano mai ai parenti di un ordine, se non se finito il precedente, sicchè l' ascendente più rimoto di una linea escluderebbe il più prossimo, appartenente a questa medesima linea : per modo di esempio, il mio trisavolo paterno che è del quarto grado, escluderebbe il mio zio paterno che è del terzo.

II. — 104. La fine del presente articolo c' indica il caso della rappresentazione, come quello che fa eccezione alla regola: che la metà attribuita a ciascuna linea, si devolve unicamente secondo la prossimità del grado; ma questo è errore nè è possibile la pretesa eccezione.

Certamente, la regola non s'applica che agli ascendenti o a' collaterali non privilegiati; nè per gli uni nè per gli altri vi è mai rappresentazione: si vedrà ben presto cogli art. 740 e 742 (661 e 663) che la rappresentazione non è ammessa che 1° pei discendenti del defunto e 2° pe' suoi nipoti, pronipoti che sono collaterali privilegiati.

735 (656). — La prossimità della parentela si stabilisce seguendo il numero delle generazioni: ciascuna generazione si chiama un grado.

736 (657). — La serie dei gradi forma la *linea:* si chiama *linea retta* la serie dei gradi tra le persone che discendono l' una dall' altra; *linea trasversale*, la serie dei gradi tra persone che non discendono le une dalle altre , ma da uno stipite comune.

Si distingue la linea retta, in linea retta discendentale , ed in linea retta ascendentale.

La prima è quella che lega lo stipite con quelli che discendono dal medesimo; la seconda è quella che lega una persona a coloro dai quali essa discende.

737 (658). — Nella linea retta si computano altrettanti gradi quante sono le generazioni: così il figlio è rispetto al padre nel primo grado; il nipote nel secondo, e reciprocamente il padre e l' avo rispetto ai figli ed ai nipoti.

738 (659). — Nella linea trasversale, i gradi si computano dalle generazioni, cominciando da uno de' parenti, e salendo sino allo stipite comune, esso non compreso, e discendendo da questo sino al-

l' altro parente.

Perciò due fratelli sono in secondo grado; lo zio e il nipote in terzo; i cugini germani in quarto; e così successivamente.

SOMMARIO

I. Della parentela, e delle linee di parentela.

II. De' gradi di parentela.

I.—**105.** Che cosa è la parentela? Che cosa è una linea di parentela? Che cosa è un grado? e come si contino i gradi?

La parentela è il legame che unisce due persone che discendono l' una dall' altra o da un autore comune senza passare l'una per l' altra.

Quando vogliamo figurare sulla carta i parenti, che discendono gli uni dagli altri, è naturale collocarli l' uno sotto l' altro in linea retta; da ciò è venuto l'abito di chiamare linea retta di parentela la serie delle persone discendenti le une dalle altre. È per altro manifesto che la medesima linea di parenti, è discendente o ascendente secondo che si riguardi: discendente quando da una persona si scende a' suoi figli, nipoti, pronipoti, ec. ec., ascendente quando da una persona si risale al padre avo, bisavolo, ec.

La espressione, di linea collaterale sebbene non esatta, pure è facile giustificarsi : una persona ha più figli, da lei muovono molte linee che ben si comprende esser tutte rette. Se ho un fratello o una sorella, ciascuno di noi due è in linea retta con mio padre; e così dei discendenti di ognuno di noi. Ma io sono anche parente, come ugualmente tutti i miei discendenti, cioè tutti i membri della mia linea, coi membri dell' altra parallela alla mia. Or quest'altra linea chiamasi collaterale rispetto alla mia a cui difatti stà di lato: sicchè diconsi parenti collaterali di una persona, tutti quelli che sono non nella stessa linea, ma in una parallela alla sua.

II.—**106.** Chiamasi grado, non propriamente ogni generazione, come dice il nostro art. 735 (636), ma l' intervallo che separa le due persone, di cui una è generata dall'altra. Questa semplice idea manifesta come si fa il computo dei gradi, perchè tanti essi sono quanti gli intervalli fra due persone fra cui si vuol misurare la distanza.

Tra due parenti diretti ci ha una sola maniera di contare, cioè dall'ascendente al discendente di cui vuolsi conoscere la distanza, o reciprocamente; tal che vi ha tre gradi da me al mio bisavolo, cioè un intervallo o grado da me a mio padre, un altro, e son due, da mio padre a mio avo, un ultimo, e son tre, dal mio avo al mio bisavolo. Per lo contrario, potendo errare fra due collaterali, occorre notare, che il dritto civile conta sempre tutti gli intervalli che si rincontrano risalendo dall' uno dei parenti al comune autore, per rivenire poi all' altro parente; sicchè mio cugino germano è mio parente in quarto grado. Difatti evvi un intervallo da me a mio padre, un altro, e son due, da mio padre a mio avo, autore comune di mio cugino e mio, un terzo da mio avo a mio zio, suo altro figlio, un altro in ultimo, e fan quattro, da mio zio a suo figlio, mio cugino germano.

107. Nel dritto canonico il computo si fa di un modo diverso circa ai termini, ma riesce eguale nel risultamento. Invece di riunire le due distanze che passano 1° fra un collaterale e l' autore comune, 2° fra questo autore e l'altro collaterale, si indica sempre la distanza dell' autore ai collaterali suoi discendenti: sicchè in cambio di dire che due fratelli sono in secondo grado, lo zio e nipote in terzo, e i cugini germani in quarto, si dice che i fratelli sono in primo grado , lo zio e il nipote in primo e in secondo , i cugini in secondo tutti e due. Ma la differenza non è che nella maniera di parlare, dacchè dire che i fratelli sono entrambi di un sol grado coll' autore comune, val tutt'uno che essere a due gradi fra loro; dire che lo zio e il nipote sono l' uno di un grado, e l'altro di due con questo stesso autore, val tutt' uno che essere fra loro di tre gradi, e così via dicendo.

SEZIONE II.

DELLA RAPPRESENTAZIONE

739 (660). — La rappresentazione è una finzione della legge, il cui effetto è di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e nei diritti del rappresentato.

108. Che sia la rappresentazione una finzione, come noi proveremo al n° 112, han negato alcuni giureconsulti.

740 (661). — La rappresentazione ha luogo in infinito nella linea retta discendentale.

Essa ha luogo in tutti i casi, sia che i figli del defunto concorrono coi discendenti di un figlio premorto, sia che essendo mancati di vita tutti i figli del defunto prima di lui, i discendenti di detti figli si trovino fra loro in gradi eguali od ineguali.

741 (662). — La rappresentazione non ha luogo in favore degli ascendenti; il più prossimo, in ciascuna delle due linee, esclude sempre il più rimoto.

742 (663 M). — Nella linea trasversale, la rappresentazione è ammessa in favore dei figli e discendenti dei fratelli o delle sorelle del defunto, sia che essi concorrano alla successione coi loro zii o zie, sia che essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto, la successione ritrovisi devoluta ai loro discendenti in gradi eguali o ineguali.*

* Per diritto romano la prossimità del grado prevaleva anche nelle successioni intestate che devolvevansi ai collaterali. « *Proximus agnatus familiam habeto* » era scritto nelle leggi delle XII tavole. Così a un fratello morto intestato succedeva il fratello superstite, ma non mai i nipoti figli di altri fratelli o sorelle premorte. Giustiniano innovò questa parte di dritto, e prescrisse che i nipoti potessero insieme cogli zii concorrere alla successione di uno zio; ma rispettando la prossimità del grado sancì che gli zii succedessero in capi e i nipoti in istirpi. Quindi i primi, uguali di grado e più prossimi al defunto, raccoglievano in uguali porzioni la eredità, i secondi, più lontani di grado dal defunto, prendevano quella porzione che sarebbe spettata ai loro padri, se fossero stati viventi (Novella 118).

Se, premorti gli zii, sono soli successibili i nipoti, la successione si dividerà fra loro per capi e non per istirpi (Legge 2ª, Dig., lib. XXXVIII, tit. 7, *de suis et legitimis haeredibus*, e Novella 118).

Nel secolo XIII grave controversia insorse fra i due giureconsulti Azone ed Accursio, intorno alla successione de' nipoti. Il primo tenne per fermo che i nipoti, i quali son pari di grado, e i soli chiamati alla eredità dello zio, succedano per capi e non mai per istirpi; l'altro credè che i nipoti debbano succedere sempre per rappresentazione, o son soli chiamati alla eredità intestata dello zio o vi concorrano con altri fratelli e sorelle del defunto, e però succedere sempre in istirpi e non mai in capi. — I giureconsulti si divisero da allora in due scuole.

In Sicilia per molti anni e da molti si parteggiò per la sentenza di Accursio quando il vicerè Duca di Sermoneta con una prammatica del 1666 tolse di mezzo ogni dubbiezza intorno a ciò. Eccone le parole:

« Successio ab intestato collateralium fit in capita, non in stirpes inter collaterales ejusdem gradus ».

« Li cugini carnali, quando essi soli succedono *ab intestato* al zio e alla zia, succedono *in capita* e non *in stirpes* » (*Pragmat. Regni Sic. collect.* tomo 3, titolo 25 § 13, fogl. 260).

Nel Codice Napoleone fu adottato il principio della rappresentazione pei nipoti, sia che essi concorrano alla successione co' loro zii o zie, sia che, essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto, la successione ritrovisi devoluta ai loro discendenti in gradi eguali o ineguali.

Il nostro legislatore volle in vece attenersi ai principî del diritto romano che gli parvero, come infatti, erano più conformi all'equità: onde nell'articolo 663 corrispondente all' articolo 742 francese tolse in fine la parola *uguali* e dettò l'articolo 664:

« Se i figli o discendenti dai fratelli o dalle sorelle si trovino in grado eguale, succederanno tutti in capi senza rappresentazione ».

Se poi concorrendo alla successione di uno zio figli discendenti da fratelli e sorelle premorti, e pronipoti, debbasi la successione dividere per capi fra i primi che sono di ugual grado, e per rappresentazione fra i secondi, ovvero debbasi dividere in istirpi per tutti i successibili, è stata grave quistione nel nostro foro. È prevaluta però la prima opinione. Difatti nel 1832 nella celebre causa Volpicelli, Fiani e Va-

109. Questi tre articoli sono perfettamente chiari: la rappresentazione vi è ammessa sempre in infinito pei discendenti del defunto e pei discendenti dei fratelli e sorelle del defunto; non mai pei suoi ascendenti nè pe' suoi collaterali ordinari.

743 (665). — In tutti i casi in cui la rappresentazione è ammessa, la divisione si fa per istirpi. Se uno stesso stipite ha prodotto più rami, la suddivisione si fa anche per istirpi in ciascun ramo, e fra i membri del medesimo ramo la divisione si fa per capi.

110. Essendo la rappresentazione una finzione, che fa risorgere il rappresentato nella persona dei suoi rappresentanti, a cui conferisce i dritti che quegli avrebbe se vivesse, ne conseguita che essa dee far dividere la eredità per istirpi e per rami, non per capi. Così Pietro aveva tre figli, Primo, Secondo e Terzo, dei quali premorirono a lui due ultimi, lasciando l'uno due figli e l'altro quattro. Senza dubbio, la eredità di Pietro non si dividerà in sette eguali porzioni per Primo e i suoi sei nipoti, ma in tre porzioni; una per Primo, altra per Secondo, rappresentato dai suoi due figli, l'ultima, per Terzo rappresentato dai suoi quattro. Se fosse anche premorto uno dei figli di Secondo, lasciando a sua volta tre figli, la terza parte attribuita a questa stirpe non si suddividerà in quattro porzioni, ma in due, delle quali una pel figlio superstite, e l'altra pei tre figli del secondo.

744 (666). — Non si rappresentano le persone viventi, ma soltanto quelle che sono morte naturalmente o civilmente.

Si può rappresentare quello alla cui successione siasi rinunciato.

SOMMARIO

I. Ragione di questa disposizione.
II. La rappresentazione è realmente una finzione. Errore di Toullier e Duvergier.
III. Rimando all'art. 136 (142) per un errore di Proudhon e Locrè. — I figli legittimi di un adottato succedono all'adottante, rappresentando il padre. Errore di Locrè, Grenier e Favard.

I. — 111. Una persona non può occupare il posto di un' altra finchè desso non sia vacuo; conseguentemente non si può rappresentare in una successione colui che fosse ancora vivente all' apertura di essa. Quegli solo dunque può essere rappresentato che innanzi la morte del *de cujus* è stato colpito di morte naturale o civile. Chabot sopra questo articolo mostrasi tutto intento a conoscere perchè la legge, che non consente di rappresentare un indegno, permette si rappresenti un morto civile. La risposta per fermo è semplicissima: il primo legalmente non esiste più, dove l'altro necessariamente esiste.

Ma, onde rappresentare una persona, non fa bisogno essere suo erede; si può dunque rappresentare quello alla cui successione siasi rinunciato, come quello della cui successione si è rimosso come indegno.

II. — 112. Esaminiamo qui, che ne è il luogo, se la rappresentazione sia o no una finzione. Toullier, di cui le idee riproduce Duvergier nella sua edizione annotata,

squez, del valore di quasi un milione di ducati, il tribunale civile di Napoli statuì, che nella concorrenza di nipoti e pronipoti la successione devolvesi, quanto ai primi per capi, e quanto ai secondi, per istirpi; la gran Corte prima camera decise che tanto gli uni che gli altri succedano per istirpi; la Corte Suprema riformò il principio osservato dal tribunal civile; nè la Corte di rinvio diede diversa interpretazione alla legge. Il tribunale civile di Palermo nel 1844 nella causa Sampolo e Cacioppo e nel 1856 nella causa Vanni e Vanni non si è dipartito dai principî fino al presente tenuti che sono in verità i più conformi allo spirito delle nostre leggi.

senza farvi sopra alcuna osservazione, sostiene con energia (IV, 189), che non potrebbe essere una finzione. « La finzione, dice, è la supposizione di un fatto non vero; è il ripiego dei deboli: il legislatore comanda e non ha bisogno di fingere » Si arroge che se la rappresentazione fosse una finzione che ponesse il rappresentante nel luogo del rappresentato e gli desse i dritti di costui, nissuno effetto sortirebbe, non avendo dritti lo stesso rappresentato. Ma di non grave importanza sono siffatti argomenti ».

« E da prima il legislatore, appunto per la sua onnipotenza, crea le finzioni che vuole: e si è sempre detto che il dritto più ancora della poesia vive di finzione. Della seconda obbiezione basta dire che si appoggia sopra una puerile interpretazione delle ultime parole dello art. 739 (660). Quando la legge al rappresentante attribuisce i dritti del rappresentato, non intende certamente di quelli che egli ha essendo morto, ma di quelli che avrebbe avuto sopravvivendo ».

« Ma si dirà, bisogna non badare alle parole e attenerci alle cose; ora il vero è *che il rappresentante* viene alla successione per suo *beneficio* particolare, e non per beneficio del defunto. Egli è erede, ma sotto alcune particolari condizioni ed entro certi limiti speciali; ed essendo io erede è forza convenire che in sostanza lo sono per me, per propria ragione, e per conto mio. Le parole di rappresentare e di finzione non sono dunque che un modo di dire, per far meglio comprendere secondo qual sistema in questo caso si viene alla successione ».

Ciò è di sicuro assai ragionevole, e saremmo pronti ad accogliere tale interpretazione se non si dovesse abusarne. Così diremmo pure che la rappresentazione non è che una parola, la quale fa meglio comprendere la cosa; che in sostanza il rappresentante viene per propria ragione, e con proprì dritti, se ci concedono che tali dritti sono nè più nè meno, e assolutamente quali sarebbero quelli del rappresentato. Ma ciò non mi si concederebbe, perchè vuolsi la mutazione dei termini per cangiar le cose. Senza di che, non ci sarebbe più oggetto di disputa; e che fanno le parole, essendo di accordo sulle cose?... Dunque attenghiamoci alle parole fino a che si stabiliscano pienamente le cose che ne derivano.

La rappresentazione è una finzione della legge conforme l' art. 739 (660) ed essendo questa come qualunque altra del Codice una disposizione legislativa, ciò sarebbe assai per tirarne le conseguenze. Nè si creda che l' art. 739 (660) sia stato così compilato per inavvertenza, e senza scopo; i discorsi del tribunato del corpo legislativo e le discussioni del consiglio di Stato porgono sempre lo stesso concetto. E se la rappresentazione non fosse una finzione; se non vi fosse differenza fra il successore con rappresentazione e il successore per propria ragione; se in altri termini non esistesse la rappresentazione, perchè il Codice ne avrebbe scritto espressamente una lezione? perchè cento diversi articoli distinguerebbero l'erede che succede per proprio diritto, e quello che viene con la rappresentazione? Se il legislatore non avesse inteso che in questo caso, non altrimenti si viene, che colla rappresentazione di altri, coi dritti che questi avrebbe avuto e nel suo posto, perchè non avrebbe chiamato il figlio ove suo padre rinunziasse? perchè il figlio di un rinunziante non sarebbe venuto tanto con questo mezzo che per proprio dritto? perchè non chiamerebbesi il figlio dello indegno escluso, come quello del morto civile? perchè in breve se la rappresentazione non fosse che una parola, se non fosse una finzione che faccia salire il figlio nel luogo lasciato dal padre perchè non si potrebbero rappresentare le persone viventi?...

Ma eccovi un ultimo fatto. Un erede deve conferire alla massa della eredità tutto ciò che ha ricevuto dal defunto (843 (762)). La collazione è unicamente e sempre dovuta da chi sia in pari tempo erede e donatario del defunto. Così, raccolta la eredità di mio padre e trovativi 50,000 franchi donatigli dal mio avo,

potrò succedere all' avo per proprio dritto senza nulla conferire, essendo io il suo erede non il suo donatario, il che vien positivamente dichiarato dall'art. 848 (767). Ma se in questo medesimo caso io succedo a mio avo, rappresentando mio padre, dovrò io conferire?... Sì, se la rappresentazione è una finzione; nò, se non lo è. Se la rappresentazione è una finzione che fa rivivere il donatario Pietro nella persona del figlio Paolo, a costui si dirà: voi siete Pietro, che avete ricevuto i 50,000 franchi, conferiteli; se poi dessa non è una finzione, ma un modo di parlare che non impedisce che il figlio succeda in suo nome, e per proprio diritto, egli di certo non è donatario, nè deve conferire. Ma ecco come il Codice risponde nell' art. 848 (767): « se il figlio succede per dritto di rappresentazione, deve conferire quello che fu donato al padre, anche nel caso in cui avesse ripudiato la sua eredità ». La quistione è dunque troncata (1).

III. — 113. Abbiamo osservato sotto l'art. 136 (142), n° II che, l'assente essendo legalmente creduto morto fino alla pruova contraria, i suoi figli possono quindi rappresentarlo nelle successioni che a lui si deferiscono, ed abbiamo confutato lo strano sistema di Proudhon, che vuole essere l'assente nè vivo nè morto, e all'uopo riputarsi di pieno dritto come se avesse rinunciato.

In un errore non men certo sono incorsi Locrè, Grenier (Adozione, n° 37) e Favard, i quali hanno scritto che i figli legittimi di un adottato non possono rappresentare l' adottante. Del contrario non potrebbe dubitarsi, dacchè per la finzione della legge i discendenti dell' adottato diventando l' adottato medesimo, han quindi gli stessi dritti di lui (2).

SEZIONE III.

DELLE SUCCESSIONI CHE SI DEFERISCONO AI DISCENDENTI.

745 (667). — I figli o i loro discendenti succedono al padre ed alla madre, agli avi, ed alle avole o ad altri ascendenti senza distinzione di sesso, nè di primogenitura, e ancorchè essi sieno procreati da differenti matrimonî.

Essi succedono in eguali porzioni e per capi, quando sono tutti nel primo grado e chiamati per proprio dritto; succedono per istirpi, quando vengono o tutti od alcuni di essi per rappresentazione.

(1) *Conf.* Maleville (art. 739 (660)) Chabot (*ibidem*); Delvincourt (t. II); Malpel (n. 101); Duranton (IV, 273); Demante (P., II-47) Poujol (articolo 739 (660)); Zachariae (III, p. 180); Toullier cita Chabot in appoggio della sua opinione. « Egli ha sentito, dice, che la rappresentazione non è una finzione e la definisce un *dritto...* »

È strana l'asserzione; perchè Chabot spiegando la sua definizione, dice che « la legge *finge* il defunto vivente nei suoi figli, e che *tal finzione* ha di mira... » E infatti Chabot era per lo appunto autore del rapporto al tribunato in cui si legge che la rappresentazione non è che una finzione, ma che però porge un' imagine reale della verità. Ci sorprende che Duvergier non abbia detto alcun che nè del falso asserto di Toullier, nè della quistione.

(2) *Conf.* Toullier (II-1015) Proudhon (t. II), Delvincourt (t. II), Malpel (n. 119), Duranton (VI-189); Vazeille (art. 740 (661)). Coin-Delisle (art. 914 (830)); n. 14): Cassaz., 2 dicembre 1822; Parigi. 27 gennaro 1824.

* Ferdinando IV re di Napoli sullo scorcio del secolo passato fondò la colonia di San Leucio, e date le regole alle arti e alla amministrazione della nascente società, scrisse la legislazione che fu vera gloria del Re, documento del secolo, e impulso non leggiero alle opinioni civili (Colletta). — Ecco gli ordinamenti relativi alla successione.

« Voglio e comando (è il Sovrano che parla) che tra voi non vi sieno testamenti, o veruna di quelle legali conseguenze che da essi provengono. La sola giustizia naturale, e la naturale equità sia la face e la guida di tutte le vostre operazioni. I figli succedano a' genitori, e i genitori a' figli. Abbian luogo i collaterali, ma nel solo primo grado. In mancanza di questi, succeda la moglie, ma nel solo usufrutto, e fino a che manterrà la vedovanza. Dopo la di lei morte, e sempre nel caso di mancanza di tutti li sopraddetti eredi, sieno i beni del defunto del Monte degli orfani, delle cui rendite si formerà una Cassa, che chiamerassi degli orfani, da amministrarsi per ora dal Parroco, che sarà obbligato di darne a me conto. »

« Se poi rimangono degli orfani di padre e di madre, i quali non siano ancora in istato di lucrarsi colle proprie fatiche il cotidiano alimento, mia sarà

I. — 114. Questo articolo ci presenta il primo dei quattro ordini di eredi, cioè i discendenti. Finchè esiste un discendente legittimo, abile a succedere, nissun altro parente può venire alla successione. Sotto il nome di figli legittimi, come si sa, bisogna comprendere i figli naturali legittimati e gli adottivi. con questa differenza fra loro: il figlio legittimato e tutti i suoi discendenti legittimi si rannodano e succedono non pure al padre che ha legittimato, ma a tutti gli ascendenti di lui come se il figlio fosse nato legittimo; per converso l' adottato e i suoi legittimi discendenti succedono all'adottante. ma non già ai parenti di lui a cui non li rannoda l' adozione.

I discendenti, conforme il nostro primo paragrafo, succedono senza distinzione di sesso o di primogenitura; in effetto il nostro Codice non ha ammesso il dritto di primogenitura, il quale quando si volle far risorgere sotto la ristorazione, attribuiva una maggior parte al primogenito maschio dei figli: i primi e i secondogeniti, i maschi e le femine hanno tutti eguali diritti (1).

Si aggiunge; « e ancorchè essi sieno procreati da differenti matrimonî »; la qual circostanza è di nessun momento. Così, se mio padre morendo lasci una figlia del primo letto, e me del secondo, certamente io e mia sorella succederemo al nostro comun genitore, come se nati della stessa madre; ma morendo la seconda moglie, mia madre, le succederò io solo senza poter nulla pretendere mia sorella che non le è figlia.

II.—115. Il secondo paragrafo dice poi, che se tutti o alcuni di essi figli vengono per rappresentazione, succederanno per istirpi (e ciò era già noto); ma succederanno per capi, se son chiamati per proprio diritto *e tutti nel primo grado*; le quali ultime parole, interamente inesatte, devono essere cancellate: di qualunque grado siano i discendenti, divideranno necessariamente per capi succedendo di *proprio dritto*. Così Pietro lascia morendo due figli di cui uno è rimosso come indegno, e l'altro rinunzia (ovvero entrambi sono indegni o han rinunziato); il primo ha un figlio e tre il secondo. In questo caso, la eredità non potendo esser raccolta colla rappresentazione di questi due figli, non si dividerà per istirpi, cioè in due metà, una pel nipote e la seconda per gli altri tre, ma invece in quattro parti eguali, una per ciascuno dei quattro eredi quantunque non sieno in primo grado.

Come sarebbe altrimenti? come dividerebbesi in due la massa, quando vengono quattro eredi con un dritto eguale, per propria ragione, e non colla rappresentazione dei due figli, loro genitori?.. È dunque incontrovertibile e per fermo non controverso, che il Codice dicendo *tutti nel primo grado e chiamati con proprio dritto* riferiscesi al caso più comune; perchè, difatti, quasi sempre i soli discendenti del primo grado vengono tutti per proprio dritto.

SEZIONE IV.

DELLE SUCCESSIONI CHE SI DEFERISCONO AGLI ASCENDENTI *

116. Dei quattro articoli di questa sezione, l'art. 747 (670) relativo alla successione speciale degli ascendenti donanti, non rientra nel sistema delle ordinarie suc-

la cura di mantenerli e farli educare col prodotto della sopraddetta cassa, e col dippiù che vi necessiti. »

« Abbiano i figli porzione eguale nella successione degli ascendenti; nè mai resti esclusa la femmina dalla paterna eredità, ancorchè vi sien de' maschi. »

Rescritto del 19 maggio 1844. Ordina che per le successioni degli individui della R. colonia di san Leucio si conservi la osservanza delle regole contenute nel detto statuto del 1789.

(1) Si sa che sarebbe altrimenti pei beni costituiti in maggiorasco.

* Essendosi dalle nostre leggi civili proscritta la divisione in *lineas* dei francesi, gli articoli 746, 749 sono stati sostituiti dai seguenti.

668. A colui che muoia senza lasciar prole, nè

cessioni. Di conseguenza, per non interrompere lo svolgimento del sistema generale, riporteremo questo articolo alla fine del capitolo dopo l'art. 755 (673).

Dei tre altri, il primo tratta degli ascendenti non privilegiati che formano, come abbiamo detto, il terzo ordine di successione; i due ultimi 748 e 749 (671 e T) discorrono degli ascendenti privilegiati, dei genitori che concorrono coi fratelli sorelle o loro discendenti. Ricordiamo che questi fratelli sorelle o loro discendenti e i genitori in concorrenza con essi devono essere risguardati come un secondo ordine, quello dei collaterali e ascendenti privilegiati.

746 (668 - 669). — Se il defunto non ha lasciato nè figli, nè fratelli nè sorelle, nè discendenti da essi, la successione si divide per metà tra gli ascendenti della linea paterna, e gli ascendenti della linea materna.

L' ascendente che si ritrova nel grado più prossimo, consegnisce la metà assegnata alla sua linea, ad esclusione di tutti gli altri.

Gli ascendenti nel medesimo grado succedano per capi.

117. Il presente articolo che parla del terzo ordine di eredi, ci porge la prova della divisione in quattro ordini che da noi si è detto doversi sostituire a quella del Codice.

Se non vi fossero che tre ordini di eredi, i discendenti nel primo, gli ascendenti nel secondo, e nel terzo i collaterali, gli ascendenti verrebbero immediatamente dopo i discendenti, e sarebbero dalla legge chiamati quando il defunto non avrebbe lasciato figli. Ora che non sia così vien chiarito dal nostro articolo; dacchè non chiama gli ascendenti che in quanto il defunto non abbia lasciato « nè figli nè fratelli nè sorelle nè discendenti da essi. » Adunque i fratelli sorelle e loro discendenti vanno innanzi a tutti insieme gli ascendenti, e costituiscono quindi un altro ordine, che realmente è il secondo; e dall'altra mano, siccome questi collaterali non escludono tutti gli ascendenti, ma vengono in concorrenza coi genitori del defunto, ne deriva, come noi abbiamo notato, che vi hanno ascendenti e collaterali privilegiati, i quali formando un ordine particolare tengon dietro ai discendenti. Gli ascendenti non privilegiati sono quindi messi in un terzo ordine, e quello dei collaterali non privilegiati in un quarto.

Il secondo ordine è regolato dai due ultimi articoli della presente sezione e dai primi tre della seguente (748 a 752 (671 a 672)).

Del terzo ordine di cui tratta il nostro articolo, non abbiamo a discorrere nuovamente, essendo state spiegate sotto gli articoli 733 e 734, le tre regole racchiuse nei suoi tre paragrafi cioè 1° la porzione della successione fra le due linee paterna e materna del defunto; 2° l' abolizione di ripartizione fra due rami di ciascuna linea, e 3° il concorso degli ascendenti dello stesso grado.

fratelli, nè sorelle, nè discendenti di essi, succederà il padre e la madre, o quello tra essi, che sarà sopravvivente.

669. In mancanza de' genitori l'eredità si deferirà, a parti eguali, agli ascendenti più prossimi, sia nella linea paterna, sia nella linea materna; salvo ciò che è disposto nell'articolo seguente.

670. Gli ascendenti succederanno, ad esclusione di ogni altro, nelle cose da essi date in dote alle loro figlie e discendenti o altrimenti donate a' loro figli o discendenti, morti senza prole, allorchè le cose donate si trovano in ispecie nella eredità.

Se tali cose si trovassero alienate, gli ascendenti riscuoteranno il prezzo che potrebbe tuttora esserne dovuto. Succederanno inoltre all' azione che il donatario avrebbe potuto sperimentare per ricuperarle: saranno però tenuti a contribuire al pagamento de' debiti.

671. Il padre e la madre, o quello tra essi che si troverà superstite, ed in mancanza di entrambi l'ascendente più prossimo, concorrerà coi fratelli e colle sorelle del defunto, e co' discendenti dei fratelli e delle sorelle premorte, unilaterali e bilaterali; i genitori. gli ascendenti, i fratelli e le sorelle in capi ed a porzioni eguali; i discendenti da' fratelli e dalle sorelle, anche unilaterali o bilaterali, per dritto di rappresentazione ed in istirpe.

747 (670). — La spiegazione di questo articolo, conforme abbiam detto, sarà fatta alla fine della sezione dopo l'art. 555 (673).

748 (671 M)). — Quando il padre e la madre sono sopravvissuti alla persona morta senza prole, se questa ha lasciato fratelli, o sorelle, o loro discendenti, l'eredità si divide in due porzioni eguali, di cui soltanto una metà si deferisce al padre e alla madre, che la dividono tra loro egualmente.

L'altra metà appartiene ai fratelli, sorelle o loro discendenti, come verrà spiegato nella sezione quinta del presente capo.

749 (672). — Nel caso in cui la persona morta senza prole abbia lasciato fratelli, sorelle, o loro discendenti, se è premorto o il padre o la madre, la porzione che gli sarebbe stata devoluta in conformità del precedente articolo, si riunisce alla metà deferita ai fratelli, sorelle a loro rappresentanti, come sarà spiegato nella seguente sezione.

118. Questi due articoli, riferentisi al secondo ordine di eredi, sanciscono che essendovi uno o più fratelli, una o più sorelle, o loro discendenti, ed, oltre, il padre e la madre, il primo o i primi prenderanno metà, e l'altra metà i secondi; che se di contro al collaterale o collaterali privilegiati evvi solamente il padre o la madre, questo ascendente raccoglierà sempre il suo quarto, e il collaterale o i collaterali gli altri tre.

Questo ci hanno ormai insegnato le spiegazioni dell'art. 733 (T).

119. Da ciò vien manifesto quanto sarebbe falso credere che tutti gli ascendenti precedano tutti i collaterali; dacchè alcuni di questi ultimi escludono tutti gli altri ascendenti, eccettone il padre e la madre, ed un solo di essi, fosse pure un pronipote del defunto, rimuoverebbe il nonno, la nonna, ec. e prenderebbe per se solo una metà di contro al padre e alla madre, e tre quarti di contro al solo padre o alla madre. Così vedete in qual confusione cadono i compilatori del Codice per seguire la loro divisione in tre ordini. Per finire nei due nostri articoli il loro ordine di discendenti, son costretti usurpare alcuna cosa della sezione dei collaterali, terminando ognuno di essi colle parole « come sarà spiegata nella quinta sezione », poi onde spiegare in questa sezione l'ordine dei collaterali, ce li porgeranno nell'art. 751 (T) riprodotti. Tanto è vero che una parte di ascendenti (il padre e la madre) ed una parte di collaterali (i fratelli, sorelle e loro discendenti) costituiscono un ordine diverso, che bisognava presentare in una speciale sezione, in cambio di farne due parti a fin di unire la prima all'ordine degli ascendenti ordinari, e l'altra a quello dei semplici collaterali.

SEZIONE V.

DELLE SUCCESSIONI DEI COLLATERALI *

750 (672). — In caso di premorienza del padre e della madre, d'una persona che muoja senza prole, i suoi fratelli, sorelle o loro discendenti sono chiamati alla successione, ad esclusione degli ascendenti e degli altri collaterali.

Succedono o per proprio diritto, o per quello di rappresentazione, come fu dispo-

* Nelle nostre leggi civili gli articoli relativi alle successioni dei collaterali, sono i seguenti:

672. Al defunto che non abbia lasciato nè prole nè ascendenti, succederanno i fratelli e le sorelle, ed i discendenti de' fratelli e delle sorelle premorte; i primi in capi; i secondi in istirpi, o sia per dritto di rappresentazione.

673. In mancanza di figli e di discendenti, di ascendenti, di fratelli e di sorelle, e dei loro discendenti, la successione apparterrà agli zii ed alle zie, e quindi al collaterale più prossimo, in qualunque linea si trovino.

Nondimeno la successione tra collaterali non si estenderà oltre del dodicesimo grado.

sto nella sezione seconda del presente capo.

751 (T).—Se il padre e la madre della persona morta senza prole, sono sopravvissuti, i suoi fratelli, sorelle o loro rappresentanti non sono chiamati che alla metà dell' eredità. Se è sopravvissuto soltanto il padre o la madre, sono chiamati a conseguirne i tre quarti.

752 (T).— La divisione della metà o dei tre quarti devoluti a' fratelli o sorelle a norma dello articolo precedente, si eseguisce tra loro in eguali porzioni, quando derivano tutti dal medesimo matrimonio; se provengono da matrimonj diversi, la divisione si fa per metà tra le due linee paterna e materna del defunto, i germani prendono parte nelle due linee, e gli uterini ed i consanguinei ciascuno soltanto nella propria linea: se non vi sono fratelli o sorelle che da un sol lato, succedono nella totalità, ad esclusione di qualunque altra parente dell' altra linea.

120. Questi tre articoli, sebbene appartengano alla sezione relativa ai collaterali, riconfermano le regole stabilite dai due ultimi della precedente che risguarda gli ascendenti. Ciò conseguita dall' essere alcuni ascendenti ed alcuni collaterali un ordine solo di eredi che concorrono insiememente. Questi tre articoli compiono dunque il sistema del secondo ordine di eredi. — Il quale, semplicissimo per gli ascendenti privilegiati, perchè dà sempre un quarto a ciascun di loro, lo è anche pei fratelli, sorelle o loro discendenti, ai quali applica in tutti i casi la regola della divisione eguale fra le due linee.

121. Così o i collaterali privilegiati non prendono che metà di contro al padre e alla madre del defunto, o tre quarti, essendo morto uno dei due ascendenti (o che abbia rinunziato o sia stato, come indegno, rimosso) o prendono, in fine, la totalità, non essendovi nè padre nè madre; sempre in breve, i fratelli, sorelle o loro discendenti dividono in due parti ciò che loro vien deferito, l'una pei paterni, pei materni l' *altra*. — La quale partizione non occorrerà, se sono tutti della medesima linea, cioè tutti consanguinei o tutti uterini; come nemmeno, se son tutti germani, dacchè sarebbe inutile, avendo ognun di loro *diritti* eguali nelle due linee. Ma se in pari tempo vi sieno consanguinei uterini e germani, o soltanto due di queste tre classi, si faranno due metà, per darne una ai consanguinei ed ai germani (che sono pure consanguinei), e l'altra agli uterini insieme coi germani (che sono ugualmente uterini).

Dopo questa prima partizione ove sarà necessaria, la successione, sarà o per capi se vengon tutti per dritto proprio, se nò, per istirpi.

753 (T).— In mancanza di fratello o sorella o discendenti da essi, ed in mancanza di ascendenti nell'una o nell' altra linea, l'eredità è deferita per metà agli ascendenti superstiti; e per l'altra metà, ai parenti più prossimi dell' altra linea.

Quando vi concorrano parenti collaterali nel medesimo grado, la divisione si fa per capi.

122. L'articolo presente intorno al quarto ed ultimo ordine di eredi, cioè dei semplici collaterali, dice in termini non abbastanza chiari: se il defunto senza discendenti o collaterale privilegiato, non lascia nemmeno ascendenti in una linea, avendone nell' altra, l' ascendente o gli ascendenti più prossimi di questa linea avranno una metà, e l' altra si deferirà al collaterale o ai collaterali più prossimi della prima linea.

Ora è manifesto, sebbene nol dica la legge, che in mancanza di ascendenti nell' una e nell'altra linea, una metà passerà al collaterale o collaterali più prossimi di una linea, e l'altra al più prossimo o prossimi dell' altra.

Così noi applichiamo nello stesso tempo

alle due linee ciò che la legge dice di una. Il nostro articolo dunque restringesi a dire che in mancanza di discendenti, collaterali privilegiati ed ascendenti, ciascuna metà dell'eredità si deferisce ai più prossimi collaterali di ciascuna linea.

123. Del rimanente, la compilazione ad un tempo oscura ed incompiuta di questo articolo, fa almeno risaltare un'idea da noi già annunziata, che non bisogna lasciar di vista, cioè, se l'ordine dei discendenti precede i tre altri per la totalità, ed il secondo i due ultimi anche per la totalità, il terzo, pel contrario, quello degli ascendenti, non precede il quarto che in ciascuna linea separatamente. Sicchè nella stessa linea l'ascendente più remoto esclude il più prossimo collaterale: per modo di esempio, il mio trisavolo paterno del quarto grado, rimoverebbe mio zio paterno del terzo; ma non così per tutta la eredità, dacchè il mio più prossimo ascendente paterno, mio padre, non escluderebbe il mio cugino paterno dell'undecimo o duodecimo grado, prendendo ciascuno di loro la metà attribuita alla sua linea. In breve è vero che qualunque ascendente esclude tutti i collaterali, ma salvo l'effetto di quest'altra regola, che ogni eredità deferita ad ascendenti o collaterali ordinari, forma due successioni devolute separatamente l'una dell'altra.

124. Si sa per altro, che non essendovi veruno erede in alcuna delle due linee, i beni che dovrebbero all'una appartenere passano all'altra (art. 733, p. 3ª (T) e 755 (673), p. 2)). Un figlio naturale, il conjuge o in loro mancanza lo Stato, non potrebbero dunque trarre argomento dell'assenza di eredi in una linea, per prendere la metà appartenente ad essa ad esclusione de' parenti dell'altra linea.

Così la partizione del patrimonio in due distinte successioni non è affatto assoluta e prevalente in tutto il sistema delle successioni: non esiste pei due primi ordini e nemmeno ove estinguesi il quarto in una linea. Ma fino a che si trovino in ciascuna delle due linee parenti del terzo o quarto grado, essa sortisce il suo effetto.

754 (T). — Nel caso dell'articolo precedente, *il padre o la* madre superstite ha l'usufrutto della terza dei beni, a cui non succede in proprietà.

125. Nel caso preveduto dall'articolo antecedente, cioè quando non vi ha che ascendenti in una linea, e semplici collaterali nell'altra, e se inoltre l'ascendente che prende una metà della eredità è il padre o la madre del defunto, questi ha dritto all'usufrutto della terza parte dell'altra metà a cui succedono i semplici collaterali dell'altra linea.

Abbiamo veduto sotto l'art. 601 (526) che per questo usufrutto il padre o la madre non potrà esser dispensato della cauzione.

755 (673). — Non ha luogo la successione dei parenti oltre il duodecimo grado. In mancanza di parenti in grado successibile in una linea, i parenti dell'altra linea succederanno nell'intera eredità.

126. Questo articolo non abbisogna di spiegazione. Però innanzi di passare al seguente capitolo ci resta a svolgere la successione speciale degli ascendenti donanti, cioè l'art. 747 (670) che vuole maggiori sviluppi.

747 (670). — Gli ascendenti succedono, ad esclusione di tutti gli altri, nelle cose da essi *donate* ai loro figli o discendenti *morti senza* prole, allorchè gli oggetti donati *si ritrovino* in natura nella eredità.

Se tali oggetti furono alienati, gli ascendenti riscuotono il prezzo che possa tuttora essere dovuto. Succedono inoltre all'azione di ricupera che avesse potuto spettare al donatario.

SOMMARIO

I. Successione speciale degli ascendenti donanti, chiamata dritto di ritorno o di riversione.— Dividesi lo svolgimento in quattro parti.

II. 1° Il ritorno ha luogo per qualunque ascendente donante, ma non per gli altri. Il padre o la madre naturali possono invocarlo. Discordanza con Malpel.

III. 2° Il ritorno ha luogo quando il donatario muore senza prole legittima, adottiva o naturale, o con prole che non gli succede.

IV. Ma quando questa prole, succede il ritorno è quindi impossibile, se pure premorisse al donante. Errore di Maleville, Delvincourt e Vazeille.

V. 3° Su quali cose cade il dritto di ritorno. Ha luogo 1° per le cose che si ritrovino in natura nella eredità. Errore del più degli scrittori.

VI. Non basta che le cose sieno in natura nel patrimonio; bisogna vi sieno sempre come cose donate. Errore di Delvincourt, Toullier e Duranton.

VII. L'ascendente che riprende la cosa da lui donata, non ha dritto ad indennizzamento per le diminuzioni sofferte, ma è tenuto compensare gli augumenti o le migliorie. Errore di Toullier.

VIII. In mancanza della cosa in natura, l'ascendente può anche riscuotere il prezzo che possa tuttora esser dovuto, o esercitare la azione di riacquisto che avesse potuto spettare al donatario.

IX. 4° Il dritto di riversione è una vera successione, indipendente però da quella ordinaria del donatario, ed ha sue proprie regole. Conseguenze che da ciò derivano.— Specialmente ogni quistione di legittima dev' essere estranea alla successione delle cose donate. Errore di vari scrittori, e massime di Toullier e Duranton.

X. Continuazione della stessa quistione.

XI. Continuazione e fine.

I. — 127. In questo articolo trattasi di una successione affatto speciale e indipendente dal sistema generale che fin qui abbiamo spiegato.

Quando un ascendente ha fatto a un suo discendente una donazione fra vivi, premorendogli senza prole il donatario, e ritrovandosi nella sua eredità l'oggetto donato, l'ascendente vien chiamato a riprenderlo, e dove fosse stato alienato, può riscuoterne il prezzo che potrebbe tuttora esser dovuto, o succedere all' azione di ricuperamento che potrebbe spettargli. Avendo luogo siffatta successione, siccome i beni ritornano a quello da cui erano derivati, la successione dicesi comunemente *dritto di riversione*, *dritto di ritorno*.

Noi mano mano esamineremo: 1° per quali persone abbia luogo il ritorno; 2° sotto qual condizione sia accordato (la premorienza del donatario senza prole); 3° su quali beni si applichi; 4° in ultimo la sua natura e le conseguenze che esso produce.

II. — 128. E, primieramente, ha luogo la riversione legale in vantaggio di tutti gli ascendenti donanti, non facendo distinzione la legge; onde avrebbe luogo pel padre, di un figlio naturale riconosciuto.

Malpel professa il contrario (n° 116), e la situazione del nostro articolo è il solo specioso motivo che ne assegna.

La sezione, ov'esso trovasi collocato, tratta solo degli ascendenti legittimi, dunque, a suo avviso, intende unicamente far parola dell' ascendente legittimo. — L' argomento non è abbastanza concludente; perchè la disposizione non si rannoda nè al resto della sezione, nè al resto del capitolo. Lo averla il legislatore posta quì non attribuiscasi dunque alla relazione che ha cogli altri articoli; questa regola indipendente che avrebbe posto altrove, egli la collocò ove prima gli si offrì il destro. — Dall' articolo 766 (681) traesi un argomento contrario di maggior peso. In esso dicesi in fatti che dopo la morte del padre naturale, ad esclusione degli altri successori del figlio naturale, morto senza prole, i beni donati dal primo che si trovino ancora nella eredità, o l' azione di ricuperamento, o il prezzo che ne sarebbe dovuto, passano ai figli legittimi del padre; dunque con più ragione dovrebbero passare al padre se fosse vivente. Il dritto di riversione deve

essere ammesso anzi pel padre naturale donante che per il legittimo, perchè quest' ultimo rimuove gli eredi legittimi, mentre l' altro i successori irregolari. Più, trattandosi di parenti legittimi, il nostro articolo chiama solamente il donante che sopravvive personalmente al donatario; nel caso della filiazione naturale l'art. 766 (681) chiama pure, morto che sia il padre, i di lui figli (1).

Chabot avverte, che Lebrun giudicando altrimenti nell'antica giurisprudenza, appoggiavasi sopra due ragioni che oggidì non tengono più. Egli pensava che il ritorno legale era per lo ascendente un compenso all' obbligo di dotare i figli; il quale però era solo pei figli legittimi. Ma oggi tale obbligo più non esiste nè per questi, nè pei figli naturali (204 (194)). Fondavasi ancora giovevolmente su questo, che la legislazione di quei tempi non riconoscendo i bastardi, le loro successioni attribuiva al fisco. Ma oggi i bastardi si ricongiungono legalmente al padre o alla madre che li riconosce, e questi o altri in loro mancanza ne raccolgono l' eredità.

Del resto, la quistione non ha importanza pel padre naturale, se il figlio non sia stato riconosciuto anche dalla madre, dacchè allora il padre sarebbe il solo erede del figlio morto senza prole (art. 765 (680)). Ma quando la madre lo ha pure riconosciuto, al padre interessa allegare il nostro articolo, onde impedire che quella prendesse metà delle cose donate. — Ciò che si è detto del padre donante, senza fallo si applica reciprocamente alla madre donante

129. Non vi sarebbe però ritorno legale per l' avo naturale, che avrebbe donato al figlio legittimo del suo figlio naturale riconosciuto, nè per l'avo legittimo che avrebbe donato al figlio naturale riconosciuto del suo figlio legittimo, perocchè il riconoscimento non produce il vincolo legale di parentela, che fra chi riconosce e chi è riconosciuto: onde l'art. 756 (674 M) dichiara, che il figlio naturale non può avere mai alcun diritto sopra i beni dei parenti del padre o della madre che lo ha riconosciuto. Nella nostra ipotesi, il donante non è *legalmente* un ascendente del figlio.

Per altro, il ritorno legale può essere dimandato dallo ascendente personalmente, e non dai suoi eredi o donatari: il che è evidente da che bisogna, secondo il nostro articolo, che l'ascendente ritrovi i beni nella eredità del donatario, e quindi che gli abbia sopravvissuto. Ma sicuramente, se l'ascendente sopravvissuto al discendente, morisse senza aver esercitato tal dritto, gli eredi o altri rappresentanti di lui potrebbero esercitarlo come un dritto, che alla morte del donatario, entrato nel patrimonio del donante, fa quindi parte della successione di lui.

III. — 130. L' ascendente donante non può, conforme al nostro articolo, esercitare il suo dritto che morendo il discendente senza prole. Ma che s'intende qui per prole? i soli discendenti legittimi del donatario? o vi si comprendono i suoi figli adottivi e i naturali riconosciuti?

Ci pare certo doversi per la presenza di un figlio adottivo impedire la riversione, dichiarando l'art. 350 (274) che tal figlio, rispetto alla successione dell'adottante, ha i medesimi dritti che vi avrebbe il figlio nato dal matrimonio. — Direbbesi invano che il donante, il quale ha voluto essere preceduto dalla prole del donatario, non ha dovuto pensare ai semplici figli adottivi, ma ad una vera prole. Tale argomento perde tutto il suo peso, se si consideri che l'ascendente, facendo donazione, non può fare assegnamento sul ritorno; che questo può essere impedito dal donatario colla alienazione della cosa; e che non è nè più strano, nè più duro togliere la cosa al donante, adottando un estraneo, di quello che sia, dando o legando la cosa a questo stesso estraneo... Se il donatario lasciasse ad un tempo un figlio adottivo ed un legittimo, non avrebbe luogo il ritorno, e pure tutti i beni donati non passerebbero al figlio legittimo, che ne avrebbe solo la metà; poco dunque importa, per negare la river-

(1) Chabot (n. 4); Delvincourt, Duranton (VI-221); Poujol (n. 9); Vazeille (n. 12).

sione, considerare se la prole legittima o adottiva si avvantaggi dei beni.

131. Decideremo similmente per un figlio naturale, malgrado l'autorevole decisione della Corte suprema, e di un' altra più recente di Douai (1), perchè questo figlio è una prole sì per natura che per legge. Ancora, se esistessero in pari tempo un figlio naturale ed un legittimo, nissuno domanderebbe in parte la riversione, sebbene il figlio naturale prendesse allora una parte degli oggetti donati; sendo così, il dritto di questo figlio, come quello dell'adottato, è dunque maggiore di quello dell' ascendente. Dall'altra mano, avendo oggi il figlio naturale, al contrario dell' antico dritto, la legittima sui beni del padre, egli potrebbe far ridurre qualunque disposizione eccedente dei beni donati, mentre tal disposizione toglierebbe ogni dritto all'ascendente. Questo ascendente adunque è meno favorevole del figlio naturale, e deve qui esser da lui preceduto. Ciò difatti viene insegnato da tutti gli scrittori (2). Solamente, siccome il figlio naturale, anche in mancanza di legittimi, non ha diritto sempre all'intera successione; siccome di contro ad ascendenti o a collaterali, egli ha la concorrenza di questi per una metà o per una quarta parte, 757 (674 M); il donante senza dubbio (che ha un dritto maggiore di questi ascendenti collaterali) potrebbe allora prendere i beni donati per la parte, a cui non ha dritto il figlio naturale.

131 *bis*. Per altro, onde impedire il dritto del ritorno, non basta vi sia una prole, bisogna pure che ella succeda. Sicchè, se il figlio naturale o adottivo od anche legittimo, lasciato dal donatario, rinunzii alla successione, o come indegno ne sia escluso, per modo che vengano a succedere gli ascendenti o i collaterali, senza fallo il ritorno legale ha luogo, non esistendo quel figlio rispetto alla successione.

IV. — 132. Ma lasciando il donatario discendenti che adiscano la sua eredità, perdesi il dritto di ritorno, nè potrebbe più invocarsi, quand' anche i discendenti premorissero senza prole allo stesso donante. Questa proposizione che a noi pare indubbia, è in vero molto controversa.

Maleville (art. 747 (670)) Delvincourt (II) e Vazeille (n° 19) sostengono avere anche questo dritto di ritorno il donante, se a lui premuojano senza prole i discendenti del donatario che abbiano raccolto la sua successione. Essere stato altrimenti, dicono, nella maggior parte dei paesi di dritto scritto, ma in quelli consuetudinari essersi seguita quella regola; doversi presumere che la legge abbia seguito piuttosto il dritto consuetudinario. A queste idee risponderemo con una decisione di annullamento citata più appresso, che noi siam governati non più dalle consuetudini nè dal dritto scritto, ma dal solo Codice, il quale non accorda il dritto di ritorno, che per le cose ritrovate nella eredità del discendente donatario.

A fin di schivare il rigore del nostro articolo, si giunge a dire che i discendenti del donatario sieno essi stessi donatarî; conciossiacchè il donante li abbia inteso comprendere nella sua liberalità. Idea di quasi nessuna importanza. Chi non iscorge che questi discendenti raccolgono i beni quali eredi del donatario, e non quali donatarî dell' ascendente più lontano; che quei beni tengono essi, non come donati, ma come avuti per successione? Il contrario è anche impossibile. Non trattandosi nel nostro articolo che di donazione fra vivi, e i beni siffattamente donati appartenendo, morto il donatario, tanto ai figli concepiti dopo la donazione, che a quelli che avrebbero potuto preesistere, per tutti la regola è una. Ora, i figli concepiti dopo la donazione non possono avere come donatarî quei beni; dacchè per ricevere fra vivi bisogna essere concepito al tempo della donazione, articolo 906 (822).

Poste dunque da banda sì strane idee,

(1) Corte suprema, 3 luglio 1832; Douai, 14 maggio 1851 (Dev., 32, 1, 499; 51, 2, 502). — Chabot (n. 14) Toullier (IV-240); Delvincourt (t. II), Malpel (n. 134); Favard (sezione 3, § 2); Duranton (VI-219); Vazeille (n. 17); Poujol (n. 12); Fouet de Conflans (n. 6); Belost-Jolimont (oss. 2), Zachariae (III, p. 225).

(2) Vedi la nota precedente.

rimettiamo nel suo vero aspetto la quistione. La successione di cui qui ragioniamo, è del tutto eccezionale, nè può quindi estendersi oltre ai termini che la organizzano; ora il Codice chiama solamente il donante alla successione degli oggetti trovati nella eredità *del suo donatario*; dunque non si può chiamarlo anche e di arbitrio, alla successione di quelli che si trovino nella eredità del discendente del donatario... Se il Codice avesse serbato assoluto silenzio sul dritto di riversione, nè esistesse il nostro articolo, non si potrebbero allegare le consuetudini o l'antico dritto scritto, per introdurlo nella nostra legislazione; ma stanziatolo il Codice, non si possono più travalicare i limiti imposti, con allegare le consuetudini e l'equità.

Per far rilevare la pretesa iniquità del Codice, si pone la seguente ipotesi. Un padre dà una considerevole dote alla figlia, che poi muore incinta del suo primo figlio; questi raccoglie la successione della madre, e poco dopo muore; ed ecco l' infelice ascendente dispogliato dal padre del fanciullo della metà delle cose donate. Il caso non è poi sì lacrimevole come potrebbe credersi: perchè l' art. 951 (876) permetteva a questo ascendente di dare la cosa a patto di riprenderla, o alla morte della figlia donataria, o alla morte dei figli di lei. — S' insiste con dire che un donante non *penserà* sempre a stipulare questo dritto di ritorno! ma per fermo, che dire al creditore che non penserebbe prendere un'ipoteca o rinnovarla? *Vigilantibus, non dormientibus jura subveniunt.* È poi questo un discutere quel che la legge ha dovuto o potuto fare; ma il giureconsulto deve unicamente indagare ciò che ella ha fatto. La nostra dottrina, del resto, è professata dal più degli scrittori e confermata dalla giurisprudenza (1).*

V. — 133. Vediamo ora su quali oggetti

(1) Chabot (n. 12); Grenier (*Donat.*, II-598); Merlin (*Rép.*, *Succ.*, sez. 2, § 1); Favard (sez. 3, § 2); Toullier (IV-243); Duranton (IV-216); Malpel (n. 133); Poujol (n. 22); Zachariae (IV, p. 228; Nimes, 30 maggio 1817; Rig., 18 agosto 1818; Rig., 30 novembre 1819; Bastia, 25 giugno 1838; Agen, 9 nov. 1847; Bastia, 22 agosto 1848; Rig., 20 marzo 1850 (*J. du Pal.*, 1840, 23; Dev. 47, 2, 662; 49, 2, 121; 50, 1, 390).

* La quistione trattata nel testo dal nostro autore, ha ricevuto da quasi tutti gli scrittori la medesima soluzione. Però nel 1841 il signor Larabit, avvocato alla Corte reale di Rennes, insisteva sulle idee di Maleville, Delvincourt e Vazeille, e dopo una bella discussione, facea voti che la giurisprudenza francese mutasse il principio sino allora tenuto. (Archives de droit et de legis. Brux.).

Tal quistione da noi è stata risoluta col rescritto dei 15 settembre 1845.

Ecco in quali termini questo rescritto è concepito:

« La disposizione dell'art. 670 LL. CC. che nelle successioni legittime addice agli ascendenti i beni da essi dati in dote alle loro figlie e discendenti, o altrimenti donate a figli o discendenti che loro premuoiano, ha dato luogo a disputare se tale riversione fosse esercibile anche nel caso l' ascendente dotante e donante, succeda alla prole lasciata dal discendente donatario che sia premorto.

» Sulla esposta quistione i tribunali di merito aveano giudicato, sopra controversia per riversione di dote, che per l'art. 670 il ritorno legale era limitato alla sola persona del donatario e della dotata. Essi seguiano così la giureprudenza derivata dallo abolito Codice civile da cui poi hanno variato le attuali leggi.

» La Corte suprema di Giustizia residente in Napoli, avea però, in arresto di annullamento, accennato regole differenti secondo il vero spirito delle leggi civili. Muoveva questa sentenza della Corte regolatrice dal considerare che le leggi civili hanno ripristinato tra noi il sistema del dritto romano intorno al debito del padre di dotare la figlia, non riconosciuto dallo abolito Codice civile; che era ritenuto, secondo le regole del dritto romano, dover gli ascendenti nella successione legittima precapire tutto ciò che aveano dato in dote a' loro figli e discendenti premorti; che ripristinato quel dritto alla dote, devè ritenersi ancora ciò che di esso era conseguenza di reciprocità di dritti tra ascendenti e discendenti.

» La Consulta generale del Regno, cui fu rimesso l'esame della suespressa varia sentenza, ha nel maggior numero de' suoi componenti ritenuto contemplare l'art. 670 LL. CC. la donazione a qualunque titolo, e la dote; risguardar quella la persona sola del donatario, ma riflettere questa la causa del matrimonio, e quindi non solo la persona dotata, ma anche la prole da nascere dal matrimonio; assimilarsi il caso della dote a quello della donazione per causa di nozze, di cui trattano gli articoli 1038, 1040 e 1044 LL. CC. per la quale donazione la legge ammette la riversione per caducità quando il donante sopravviva al donatario e sua discendenza; doversi la norma medesima applicare per la dote; che per ambi gli esposti casi vale la regola del dritto per le obbligazioni, *causa non sequuta*; meritar questa regola anche più stretta osservanza per la dote cui il padre è astretto dalla legge, mentre la donazione è un atto di mera volontà.

» Rassegnate a S. M. le opinioni che per la soggetta quistione dividono il foro, la M. S. nel Consiglio ordinario di Stato dei 15 andante conside-

si esercita il dritto di ritorno.

La legge lo consente 1° sui beni che si ritrovino in natura nella eredità, 2° sul prezzo che può esser dovuto di quelli che fossero stati alienati; 3° sull' azione di ricuperamento mercè la quale si può la cosa rivendicare al patrimonio.

1° Se la cosa donata non sia uscita dal patrimonio del donatario, ed egli non ne abbia disposto, nè con atto tra vivi, nè con donazione di beni futuri, nè con testamento, essa ritorna al donante. Diciamo esser mestieri che il donatario non ne abbia disposto con testamento, dacchè l'oggetto legato diventa proprietà del legatario, appena morto il testatore, e non facendo parte del patrimonio lasciato agli eredi, non è dunque nella eredità (1).

Ma ci vuol molto per essere di accordo sul senso di questa regola, che le cose debbono *ritrovarsi in natura* nella eredità. Tutti gl'interpreti del Codice, tassando a gara di oscura ed insufficiente questa regola (che pure è chiara), la tirano ed allargano, gli uni fin là, gli altri un poco più in là, ed altri più in là ancora; talmente che per seguire logicamente il loro sistema, bisognerebbe intieramente annullarla per sostituirgliene altra *affatto contraria.*

Sulle prime ammettevano tutti gli scrittori, che se la cosa donata è stata con altra permutata, la cosa nuova trovasi alla prima surrogata, e sì perfettamente dà dirsi che quella *esiste in natura* nel patrimonio. Onde, se mio padre mi ha donato il suo podere della Beauce, ed io l' ho permutato con una nave mercantile, il podere per effetto della surrogazione esiste sempre *in natura* nella nave, e non è alienato, perchè e come avviene così? per qual magica potenza compiesi questa misteriosa trasformazione? Confessiamo sinceramente di non averlo potuto comprendere... Pure non mancano le ragioni: gli uni citano per analogia alcuni articoli del Codice e specialmente l'art. 1559 (1372); altri avvertono in oltre che tal surrogazione un tempo occorreva spesso nella successione *ai propri ;* altri in fine aggiungono, come ultima autorità, la legge *cum autem* ed altre leggi analoghe. — Ma non essendo noi governati oggi nè dalla legge *cum autem,* nè dalle regole di successione consuetudinaria *ai propri ed agli acquistati,* consideriamo il solo argomento dell' articolo 1559 (1372) che a Duranton (VI, 233) parve decisivo, e bastò per convertirlo dopo qualche dubitazione.

Questo articolo dice: « L' immobile dotale non può alienarsi; ma se due conjugi provino esser loro utile permutare con un altro l' immobile dotale, la legge lo permette a patto, 1° che i due immobili sieno stimati da periti nominati dal tribunale; 2° che il nuovo immobile valga per quattro quinti almeno del primo, 3° che si ottenga la giudiziale autorizzazione, 4° che il nuovo immobile divenga dotale e inalienabile come l'antico, e se vi sarà avanzo del prezzo, sia impiegato nello acquisto di un immobile egualmente dotale ». Ci si fa dunque questo argomento.

La legge non permette la permuta di un immobile dotale, che a condizione che il nuovo immobile sarà pure dotale; *Dunque* se la cosa donata da un ascendente sarà con un' altra permutata, si riterrà che la prima *esista* sempre *in natura* nel patrimonio del donatario... Chi può, comprenda la logica di tal ragionare; comprenda come sieno cessate le dubitazioni di Duranton.

Fatto questo primo passo non si fermano gli scrittori sul pendio; anzi si avanzano in questa via arbitraria, nè si curano della regola che vuole le cose donate *ritrovarsi*

rando essere utile per la giustizia non meno che per l'ordine e la pace delle famiglie, il portare la certezza in questa parte delle regole successorie, si è degnata dichiarare uniformemente allo avviso della maggioranza della Consulta generale, che il ritorno della dote di che parla l'art. 670 LL. CC. ha luogo in favore degli ascendenti dotanti, quando muoja la dotata, e muoiano i figliuoli da lei, vivendo ancora l'ascendente che dette la dote ».

(1) Besanzone 30 luglio 1828; Grenoble, 9 gennaro 1830; Annullamento (di una decisione di Agen) 16 marzo 1830; Bordeaux, 16 aprile 1831; Rigetto, 2 gennaro 1838 (Dev., 1838, 1, 631).

in natura nella eredità.

Così, se la cosa donata è stata venduta per danaro, e con questo un' altra siasene comprata, riconoscesi non esservi più una permuta; ma pure vi è sempre la rappresentazione della antica nella nuova cosa, e il dritto di ritorno si eserciterà. Ne è semplice la ragione; la cosa venduta è stata surrogata dal prezzo, il quale è stato surrogato dall' altra cosa dopo acquistata! Così, ancora se l'ascendente ha dato danaro, e con questo il donatario abbia acquistato oggetti, il danaro non essendo uscito dal patrimonio si ritrova nei beni comprati, i quali di conseguenza saran soggetti al dritto di ritorno.

134. Ecco ora un altro principio non meno strano del primo, e che combinandosi con questo ci mena ad un grande risultato, per cui la regola del nostro articolo soffre un tramutamento veramente curioso.

Si comincia con dire, come cosa evidente, e semplicissima, che il danaro e il pane, il vino, l'olio, i grani, ecc. sono cose *fungibili*. — Errore che noi notammo al numero II dell' art. 536 (461) dove si è osservato : 1° che per sua natura e in se stessa una cosa non è fungibile o non fungibile, e che assume l' una o l' altra qualità in un caso particolare, 2° che la sola divisione porta dalla natura pei mobili corporali, e quella di cose di consumo o di non consumo; e 3° che il confondere queste due divisioni è tanto meno perdonabile e più pericoloso, quanto che le cose di consumo possono essere non fungibili, come viceversa fungibili quelli di non consumo.

Stabilito questo falso principio, si dice che le cose fungibili sono di pieno dritto rappresentate da cose di ugual natura, e che di conseguenza, se un ascendente avrà dato danaro, basterà vi sia danaro nella eredità del donatario per aver luogo il dritto di ritorno. Col principio ammesso la cosa è semplicissima, perchè, a parlar legalmente, le cose fungibili esistono in natura in tutte le cose della stessa specie. E siccome biglietti, scritture di obbligo, crediti, azioni di banca ed altri valori da trafficare, non sono che specie di moneta corrente che sostituisce il danaro, ed è dal danaro sostituita, basterà, affinchè si eserciti il dritto di ritorno, che l'ascendente il quale abbia dato danaro, ritrovi biglietti, azioni, ecc. o *viceversa*.

Innanzi di esaminare le conseguenze di tal dottrina, affrettiamoci a dire che alcuni scrittori non l'hanno punto adottato.

Duranton (n. 264 e 340) è sorto contro tali idee, e la drittura delle sue ragioni è stata riconosciuta da Dalloz. Ma se due scrittori abbiamo dalla nostra, ne contiamo contro una dozzina, le cui idee sono state rifermate da due decisioni: Maleville, Chabot, Toullier, Grenier, Favard, Malpel, Vazeille. e una decisione di Rouen confermata in Corte suprema 30 giugno 1817, ammettono il danaro essere cosa fungibile; biglietti, e azioni, ec. essere danari, e di conseguenza il dono fatto in danaro potersi riprendere sul danaro o sui biglietti trovati nella eredità, e *viceversa*. Vediamo adesso se con siffatta teoria un solo caso andrà esente del dritto di ritorno.

135. E primieramente, se l'ascendente avrà dato danaro o effetti commerciali, sarà inevitabile il ritorno, da un caso in fuori che sarebbe rarissimo e quasi impossibile. Se il donatario, infatti, vende i valori donati per acquistarne altri beni, che si trovino nella sua eredità, pretendendosi in tal caso che questi beni siano surrogati ai valori, vi sarà la riversione. — Se i beni comprati siansi poi rivenduti, vi sarà pure la riversione del prezzo della vendita che ne fa le veci. — Se, all'opposto, il donatario, medesimo ha fatto semplice donazione dei valori ricevuti, o dei beni che ne provenivano, o se questi beni siensi da lui consumati, avrà anche luogo la riversione, se nella eredità trovisi danaro o altri valori che lo rappresentino, e che ben difficilmente mancheranno. Se in fine si suppone, da una parte, che il denaro donato siasi gratuitamente alienato o sciupato al giuoco, perduto per un cattivo allogamento, uscito in breve dal patrimonio senza compenso; e dall'altra, che non resti alcun valore pe-

cuniario nella eredità, credesi perciò che si perderà il dritto di ritorno? No, perchè se in qualunque tempo dopo la perdita dei valori donati, il donatario altri pecuniari abbia acquistato, quest' ultimi, essendo cose fungibili, sono stati immediatamente ai primi surrogati e van soggetti in lor vece al ritorno; e i beni che con quelli si sono indi acquistati, sono gravati di riversione fino alla concorrenza della somma donata. — Il che importa, che il dritto di ritorno non perderebbesi, se non quando il denaro donato si fosse perduto senza alcun compenso, e nella eredità non si trovassero nè capitali (biglietti, azioni, ec.) nè altri beni acquistati coi capitali sopravvenuti dopo perduto il primo denaro.

Ora, dove i beni non saranno danaro o valori analoghi, alquanto più facilmente, sebbene assai di raro, perderebbesi anche il dritto di ritorno. Più facilmente dico, bastando che la cosa donata o l' altra permuta si fosse dal donatario perduta senza compenso. Ma questo sarebbe l' unico caso di non riversione, perchè se pure il donatario avesse perduto senza compenso la cosa surrogata sopra quella donata, pretenderebbesi sempre il dritto di ritorno, se questa cosa anzichè permutata colla prima, fosse stata comprata dopo venduta l'altra. In effetto, allora il prezzo della cosa donata sarebbesi surrogato alla cosa stessa, di guisa che nel preteso principio della fungibilità del danaro, tutto ciò occorrerebbe che nel precedente paragrafo è stato detto.

136. Così, se la cosa donata non sia danaro, e la alienazione o una serie di successive alienazioni sia avvenuta con permuta, e senza essersi dato in cambio danaro, il dritto di ritorno non cessa, se non quando l'ultimo oggetto permutato sia senza compenso perduto. Che se la cosa donata fosse denaro o per denaro cambiata in qualunque tempo, e quello siasi semplicemente perduto, non cesserà il dritto di ritorno, che quando non vi sia nella eredità nè denaro nè analoghi valori, nè oggetti comprati dopo perduto il denaro. Questo deriva dalla strana dottrina degli scrittori.

« Il dritto di ritorno, dice Maleville (sopra l'art. 747 (670), § 10), deve sempre aver luogo *tranne solamente* che l' oggetto non sia perito nelle mani del donatario, o da lui non sia stato sciupato senza utile impiego. » *In tutti gli altri casi*, secondo lui, bisogna che la cosa donata o il suo equivalente ritorni al donante... E si badi che non trattasi di denaro, perchè in tal caso bisognerà, in virtù del principio immaginario della fungibilità, sviluppato specialmente da Chabot (n° 22), che il dritto si eserciti *sempre*, quand'anche il donatario lo avesse semplicemente ed assolutamente perduto.

Così, la legge dice, l' ascendente succede nelle cose donate allorchè si ritrovino in natura nella eredità. Questa proposizione, dicono gl' interpetri, tuttocchè sembri chiara, è pure *oscurissima;* e con la legge *cum autem*, ed altri argomenti si fan garanti di questo significato: se lo ascendente avrà donato danaro, egli prenderà o lo stesso danaro, o altro da altra parte derivato, o in fine *qualunque cosa;* quand'anche il donatario dai valori donati non avesse tratto alcun vantaggio. Se i beni donati non sieno valori pecuniari, quelli egli riprenderà se si ritrovino, o *altri beni* che furono permutati, o il *denaro* derivatone, o i *beni* con esso denaro comperati, ecc. Gli è questo il significato dell' *oscura* frase; l' ascendente succede nelle cose *che si ritrovano in natura!!!*

Confessiamo nuovamente di non comprendere affatto somigliante interpretazione. La disposizione della legge non ci sembra oscura, anzi quanto più si potrebbe chiarissima. Oscure sono per noi le trasformazioni, le sostituzioni di cui si trovano le cause nella legge *cum autem*, nelle regole della successione consuetudinaria alle cose *proprie* e alle *acquistate*, nella immaginaria fungibilità del danaro, e nella pretesa analogia degli art. 1435, 1559 (T, 1372, ecc.) La frase del Codice, lo ripetiamo, è quanto più intelligibile: gli ascendenti succedono nelle cose *che si ritrovano in natura nella eredità.* — Sembra anzi, che il legislatore abbia voluto di avanzo respingere la sin-

golare pretensione dei commentatori imbevuti di un passato, con cui egli volea romperla. Se avesse solo parlato delle cose che *si trovano nella eredità*, avrebbe dato almeno un pretesto a quistionare: si sarebbe detto che una cosa *può trovarsi* in vari modi in un patrimonio, potendo esservi per se stessa o per equivalente.

Ma la legge non paga di dire, che l'oggetto dee trovarsi nell'eredità, ha soggiunto come bisogna trovarsi: cioè che *si ritrovano in natura*.

E poi, tutto insieme il nostro articolo prova col fatto stesso la falsità del sistema da noi combattuto. Fra venti allargamenti che di arbitrio si recano al testo della legge, ve ne ha una smentita energicamente dall' articolo. Si vuole, che essendosi venduta la cosa donata, il suo prezzo entrato nel patrimonio del donatario, sia in vece di quella riversibile, e se col prezzo siasi fatto acquisto di un' altra cosa, va questa soggetta a riversione.

Or senza fallo non è questo il senso del nostro primo paragrafo, dacchè un secondo, espressamente aggiunto, accorda la riversione del prezzo che possa essere dovuto! Una disposizione speciale, una favorevole eccezione che consente di riprendersi il prezzo ancora dovuto, non essendosi consumata l' alienazione, dinota non esserci più ritorno, dove il prezzo fosse entrato a far parte del patrimonio.

137. Dunque non ha luogo la riversione, secondo il primo paragrafo, che allorchè l' oggetto stesso sia nella eredità. Sicchè non evvi più dritto di ritorno; tanto se la cosa sia stata permutata, quanto se venduta si trovi ancora il prezzo nel patrimonio, o di quello altra cosa siasi comprata. Che se l'oggetto donato sia una somma di denaro, non avrà luogo il ritorno, che ritrovandosi nella eredità *questa medesima somma*; ma ciò non può intendersi col medesimo rigore, nè è necessario che si ritrovino identicamente le medesime monete.

Onde non solo mio padre riprenderà i 10,000 franchi donatimi, se alla mia morte si trovino nel mio forziere, dove io li ho lasciato inoperosi, ma pure se li abbia affidato al mio banchiere o mutuato con ipoteca. Gli è vero che il banchiere o il mutuatario non restituiranno lo stesso danaro, ma la fungibilità qui realmente esiste; qui le cose sono state date da me al banchiere o al mutuatario *a fin di restituirmele* più tardi, potendo anche restituire altre cose dell' uguale specie e quantità; evvi dunque allora fungibilità, e i 10,000 franchi che saranno restituiti, si terranno per quelli da me dati, e che da mio padre provenivano. Sarebbe certamente il simile, se il banchiere che abbia ricevuto danaro, mi restituisca biglietti di banca o valori commerciabili, o viceversa.

In breve, mio padre eserciterà il suo dritto di ritorno, se realmente la mia eredità contenga ancora il denaro che da lui è provenuto.

Ma se ricevuti i 10,000 franchi da mio padre, io li abbia perduto al giuoco o mi sieno stati involati, o ne abbia pagato i miei debiti, o sia fallito il banchiere a cui li ho consegnato, o se io ne abbia comprato altri oggetti; in breve, mancando nella mia eredità i 10,000 franchi, non potrà più esservi la riversione, dato anche che quella offrisse dieci, trenta, o centomille franchi in denaro, derivanti dalle mie operazioni commerciali o dalla vendita di un podere.

Il conoscere se il denaro o gli altri analoghi valori che si trovino nella eredità sieno quelli donati dall'ascendente, è un punto di fatto che decideranno i tribunali secondo le circostanze. In dritto basta dire che il donante dovrebbe provare, che sia il denaro donato quello che egli vuol prendere, dovendo chi reclama un dritto chiarire essersi compiuta la condizione per cui quel dritto è suo. Del rimanente, qui come da per tutto, i giudici, in mancanza di positive prove, deciderebbero secondo le probabilità della causa; ma nella certezza del dubbio dovrebbe negarsi la riversione, spettando all' attore la prova. Onde diffinitivamente non è possibile il dritto di riversione (in principio, e salvo la riversione del secondo paragrafo dell' articolo) che quando le medesime cose donate si ritrovino nella eredità.

VI. — 138. Nè pure basta che le cose donate si ritrovino in natura nella eredità; bisogna vi sieno come cose donate. Di guisa che se il podere datomi da mio padre è stato da me venduto, e in seguito ricomprato dal mio compratore, il dritto di ritorno non potrebbe esercitarsi sopra di esso, come nè su qualunque altra cosa da me comprata.

Il contrario insegnano Delvincourt, Toullier (IV, 233), Duranton (VI, 232) e Vazeille (n° 23). È strano che quelli i quali per la precedente quistione allegavano l'antica regola della successione consuetudinaria alle *cose proprie*, per cassare dal presente articolo le parole dichiaranti che i beni si ritrovino in natura, professano qui non doversi far conto dell' antica giurisprudenza (che non ammetteva il ritorno dei beni venduti e poi riacquistati) e doversi pigliare secondo la lettera la regola, che accorda la riversione allorchè i beni si ritrovino in natura nel patrimonio! Non si può essere in più manifesta contraddizione.

Il Codice, dicono, ammette indistintamente il ritorno, ritrovandosi l'oggetto in natura nel patrimonio senza indagare *perchè* vi si trovi. Ciò è falso, perchè il Codice ammette soltanto la riversione per le cose donate che si ritrovino in natura; ora quando venduta la cosa, è stata da me poi ricomprata dopo dieci o dodici anni, essa mi appartiene, non più come cosa donata, ma come acquistata col mio denaro.

Verissimo che sia quella la cosa che mi fu donata, ma nello stesso tempo è quella da me comprata, e come tale ritrovasi nel mio patrimonio e non come donata.

Supponete (il che di sicuro non è impossibile) che la cosa donatami da mio padre, e da me venduta ad un amico, sia stata da questo rivenduta al mio avo, e che questi in seguito ne abbia fatto a me donazione; l'avo avrebbe dritto di riprendere la cosa.

Ma se è suo questo dritto, come potrebbe averlo mio padre!..

Sarebbe altrimenti, e la riversione opererebbe, se la cosa alienata dal donatario fosse rientrata nel suo patrimonio dopo *annullata* la vendita, dacchè in questo caso, direbbesi bene in dritto, che la cosa non sia stata alienata nè mai uscita dal patrimonio del donatario. Così parimente, se l'ascendente donante, morto il donatario, facesse giudicare che la vendita fatta dal donatario e l'acquisto seguitone, sieno non sincere, e costituiscano atti fraudolenti compiuti a fin di impedire il dritto di ritorno. Qui ancora, essendo dichiarate nulle e come non avvenute la vendita e il nuovo acquisto, sarebbe ugualmente vero che la cosa non fosse uscita dal patrimonio.

VII. — 139. Non potendo il donante riprendere che le cose ritrovate nella eredità, non potrebbe dunque riprenderne che una parte se altro non resta. Quindi, se un podere o una casa fossero state deteriorate di un modo o di un altro, o perchè gravate di servitù o d'ipoteche da assottigliare di molto il loro valore, l'ascendente che li riprende, non potrebbe ottenere alcuno indennizzamento: il donatario che con una vendita poteva sottrarre alla riversione il loro intero valore, ha potuto *a fortiori* sottrarne una parte.

Ma da ciò non bisognerebbe inferire, come fa Toullier (IV, 232), che reciprocamente il donante può vantaggiarsi senza alcuno indennizzamento delle migliorie ed augumenti fatti dal donatario nella cosa donata. Errore combattuto a ragione da Duranton (IV, 246), schivato da Chabot (n. 25). In vero, il donante può aver meno di quanto ha dato, potendo nulla averne, ma non più, non potendo riprendere che le cose da lui donate; la regola allegata da Toullier che nelle successioni consuetudinarie non dovevasi alcun compenso da famiglia a famiglia, non è qui affatto da applicare (1).

VIII. — 140. Quando la cosa donata più non esiste nel patrimonio essendo stata dal donatario venduta, l' ascendente può

(1) Duvergier avverte solamente che la dottrina del suo autore è contraddetta da Chabot e Duranton, ma non manifesta il suo avviso. Ci duole che il sapiente annotatore si tenga spesso dall'indicare la sua opinione sulle quistioni controverse.

ancora riprendere il prezzo della cosa, se sia dovuto, o esercitare, se esiste, l'azione di riacquisto.

2. Egli può, diciamo, riscuotere il prezzo della cosa venduta, finchè non è stato pagato, non essendo perfetta l' alienazione, dacchè pel mancato pagamento potrebbe risolversi la vendita (art. 1184 (1137)). E non importa in che consista il prezzo. Onde, se la cosa donata è stata trasmessa a patto che l'acquirente entro un certo termine ne desse in permuta un' altra, non essendo compita tal permuta, l'ascendente potrà prendere la cosa promessa, la di cui proprietà non era ancora trasferita. Se la cosa sia stata cambiata per una somma di danaro o una certa quantità di derrate o mercanzie, potrà esigere questo danaro o le altre cose dovute.

Chabot (n° 18) e Vazeille (n° 20) insegnano che se la cosa donata si fosse alienata per una rendita, questa dalla morte del donatario ritorna all' ascendente, come prezzo della vendita, e da quel giorno son suoi gli interessi decorsi. Errore nato dal confondere la rendita e i suoi interessi decorsi.

La rendita è cosa incorporale: è il dritto di percepire i prodotti periodici; i decorsi sono i frutti della rendita, questa è il principio produttore, quelli ne sono i prodotti; i decorsi di una rendita non sono la rendita, come non sono il podere i frutti di esso, nè la casa, le pigioni. Questo principio vien stanziato dalla legge nell' articolo 588 (513) anche per le rendite vitalizie... Dunque, stabilito il dritto della rendita ed entrato nel patrimonio del donatario, pagato il prezzo, compita la vendita, l' ascendente non ha più dritto ai *decorsi* posteriori alla morte del donatario, siccome non ne avrebbe, nel caso di una vendita fatta a danaro, agli *interessi* della somma ricevuta dal donatario e impiegata con un banchiere o altrove.

3. In fine, non trovandosi più in natura nella eredità la cosa donata, nè essendone più dovuto il prezzo evvi ancora luogo alla riversione, ove possa esercitarsi un' azione di ricuperamento onde rivendicare la cosa al patrimonio. *Qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere intelligitur.*

Così, se la cosa è stata donata ad una ragazza che maritandosi la mette in comunione, stipulando di riprenderla nel caso si rinunzi alla comunione, l' ascendente donante, fattasi la rinunzia, eserciterà sulla comunione il riacquisto della cosa di cui si tratta, ad esclusione di qualunque altro erede. Così pure, vendutasi la cosa donata, se la vendita può farsi annullare per qualunque causa (errore o violenza, viltà di prezzo, ingratitudine, ec.) l' ascendente potrà far pronunziare la revocazione e riacquistare la cosa.

Questa terza causa di riversione rientra nella prima, dacchè per effetto dell'azione di ricuperamento la cosa si ritrova in natura nel patrimonio, quasi non ne fosse mai uscita.

IX. — 141. Vediamo adesso di qual natura sia il dritto di riversione e quali conseguenze ingeneri.

Il luogo ove è posto il nostro articolo e le espressioni adoperatevi, significano abbastanza che tal dritto, checchè ne dica Maleville, costituisce realmente una successione; ed è questa la dottrina di tutti gli scrittori, confermata da una decisione di annullamento dei 28 dicembre 1829.

Ed essendo una successione, nè potendo l' ascendente esercitare il dritto che quale erede, egli quindi potrebbe esserne escluso per causa d'indegnità; non rinunziarvi validamente durante la vita del donatario (art. 791 (708)); ha il possesso di pieno dritto, morto il donatario, di quei beni a cui succede, tenuto però di pagare una parte dei debiti del defunto, in proporzione del valore dei beni rispetto al patrimonio tutto insieme, e come ogni altro erede, può accettare semplicemente o col beneficio dell' inventario.

Onde il dritto di ritorno è una successione, ma distinta da quella ordinaria, e con regole proprie, talmente che non bisogna mai applicare per essa i principî prevalenti nella successione ordinaria. La quale idea che non potrebbe abbastanza scolpirsi

nella mente, è stata da alcuni scrittori dimenticata, onde gravi errori e molte confusioni, massime in Toullier e Duranton, come tostamente vedremo.

La successione alle cose donate ha dunque regole sue proprie.—E primieramente, non è devoluta agli stessi eredi della ordinaria successione: per modo di esempio, sarà conseguita da un bisavolo, mentre la successione ordinaria è deferita a fratelli, sorelle, nipoti, a genitori, avi o ave. —*Non mai* c'è poi legittima sopra di essa: nè per l'ascendente donante affin di fargli rilasciare una parte di beni di cui avrebbe disposto il donatario; nè contro di lui, o gravando i beni della successione speciale del dritto di legittima degli eredi ordinari, o forzando il donante (se sia legittimario dei beni ordinari e insieme erede dei donati) ad esercitare sopra le cose donate l suo dritto di legittima nei beni ordinari. Spieghiamo ciò meglio.

142. E dapprima, l'ascendente donante con tal qualità, non può mai richiedere la legittima che è quella rata di beni che il proprietario è obbligato lasciare ai suoi eredi, senza poterne disporre a titolo gratuito, mentre il donante non succede come erede che per le cose di cui non ha disposto il donatario. Onde, morendo Pietro senza lasciare altri parenti che il padre la madre ed un avo dal quale ha ricevuto un podere del valore di 100,000 franchi, e ne ha donato o legato i quattro quinti; l'avo donante prenderà il quinto del podere, ma non potrebbe allegare l'art. 915 (831) per dirsi legittimario di un quarto, e quindi domandare 5,000 franchi di beni al legatario. Non è legittimario chi non è erede, ed egli non è tale che per la parte dei beni donati che si ritrovano nella eredità.

Se l'ascendente non può esigere il dritto di legittima, altri nemmeno può esigerlo contro di lui, in qualunque siasi modo. Sicchè, quando il donante, come tale erede, è inoltre erede nella successione ordinaria, la legittima sopra questa a lui dovuta non può valutarsi sulle cose donate che si trovano nella eredità, oltre alle quali egli ha dritto *alla legittima*. Per modo di esempio, il defunto, che ha ricevuto dal padre un podere di 100,000 franchi, e ha donato la metà di questo e poi tutti gli altri beni del valore di 100,000 franchi, lascia per eredi il padre e la madre. Il padre prende prima, come erede donante, i 50,000 franchi, cioè la metà del podere che ritrova nella eredità; quindi, come erede ordinario, avendo dritto alla legittima di un quarto (articolo 915 (831)), costringerà il donatario dei 100,000 franchi di beni ordinari a rilasciargli un quarto o 25,000 franchi; il simile farebbe pure la madre.

Questa dottrina professata da Grenier (*Donaz.*, II, 593) Favard (*Succ.*, 3, § 2.) Delaporte (art. 747 (670)) e Vazeille (n° 10), vien negata da Chabot (n° 15) Delvincourt, Toullier (V, 129) e Duranton (VI, 228).

Pure è di un' evidente verità; e i risultamenti strani, assurdi a cui mena la dottrina contraria (come noi vedremo più appresso) basterebbero a mostrare il gravissimo errore di questi ultimi giureconsulti.

Diciamo essere chiara e precisa la nostra decisione; perchè alla fine è *evidente* che ci sono due distinte successioni, l'una alle cose donate, l' altra ai beni ordinari; che esse nulla han di comune fra loro, e seguono regole differentissime: la prima deferita all'ascendente donante; la seconda ai più prossimi ascendenti in ciascuna linea, l'una, libera del dritto di legittima, l'altra, nò, ecc. Onde, essendo due successioni distinte e separate, il succedere all' una il padre come donante, non può nè accrescere nè menomare o modificare i dritti che ha nella seconda, come ascendente più prossimo; ed avendo dritto in questa alla legittima di un quarto, egli può esigerla tanto se la prima venne da lui raccolta, quanto se ad altri venne deferita.

X.—143. Toullier (IV, 235) dice che, nella specie nostra ed altre analoghe, l'ascendente è chiamato « a due successioni realmente separate »; distinzione sviluppata da Duranton (VI, 24) e sulla quale insiste Chabot (n° 16). Questo principio, ammesso pure da Delvincourt, resta quindi incontroverso, come è invero incontrovertibile. Come dunque non avere scorto la conse-

guenza che da esso sorgeva immediata e necessaria? Come non avere compreso che non si paga la legittima da prendere nella eredità A co' beni della eredità B? Come questi scrittori han potuto slontanarsi da una via così facile e sicura per venire, l'uno (Toullier) a cumulare errori sopra errori; gli altri, a mettersi in aperta contraddizione con la loro prima decisione; e l'ultimo (Duranton) a mettersi in un impaccio per trarsi dal quale gli è forza violare, come egli confessa, i principi certi della legge, ed anche (sebbene non lo confessi) le regole semplicissime della ragione; con dolersi e gridare ad ogni piè sospinti contro l'oscurità del Codice quando la oscurità entro cui si aggiravano, era da loro creata!

A fin di stabilire la falsa dottrina che noi abbiamo indicata, Duranton (n° 228) espone tre argomenti: 1° « L'ascendente, dice, per dritto di successione e quale erede raccoglie i beni donati; or tutto ciò che un erede con tal titolo prende s'imputa nella sua legittima » — Che un erede deve imputare nella legittima dovutagli da una eredità tutto ciò che in essa prende, è vero, ma che debba imputarvi anche quello che prende in un'altra, è certamente impossibile.

2° « La legge non riguarda mai l'origine dei beni nè per la formazione delle legittime, nè per lo deferimento agli eredi. Dunque i beni donati formano insieme cogli altri beni del discendente donatario un solo e medesimo patrimonio, identico in tutte le sue parti, e quindi, purchè l'ascendente trovi la sua legittima sopra una qualunque parte del suo patrimonio, fosse anche sopra i beni donati, nulla ha più a pretendere » — Questo secondo argomento in bocca di un giureconsulto non si comprende: le premesse sono siffattamente inesatte da non sapere come uno scrittore abbia potuto scriverle. No: la legge non riguarda l'origine dei beni, quando non esiste ascendente donante; allora evvi un solo e medesimo patrimonio che forma una sola e medesima eredità, sulla quale tutta insieme si valuta la legittima, e sovra ogni parte della quale questa legittima può imputarsi. Ma esistendo un ascendente donante, e trovandosi in natura i beni da lui donati, in questo caso la legge considera l'origine de' beni, dacchè dà tali beni al donante, non per essere erede ordinario, ma perchè da lui traggono loro origine questi beni. La sola ordinaria successione contiene una legittima che è una parte di essa; dunque i beni che non sono in quella sono anche perciò fuori la legittima; ora i beni donati son qui posti fuori della successione ordinaria, per ciò anche fuori la legittima riguardo alla loro origine. Dunque essendovi un ascendente donante e beni da lui donati, la legge riguarda l'origine dei beni, sì per la formazione delle legittime, che per lo deferimento agli eredi.

3. Un ultimo argomento, da Duranton posto in primo luogo, nemmeno è degno di esame. « Il donatario, dice, poteva disporre dei beni donati come dei suoi ordinarî »; dunque donando questi, si stima aver voluto che gli altri darebbero in loro vece la legittima dell'ascendente. La supposta intenzione del donatario non essendo affatto comprovata da Duranton, potrebbesi rispondere: *quod gratis affirmatur, gratis quoque negatur*. Ma non questo solo; quando anche il defunto avesse espressamente manifestato la sua intenzione, sarebbe ciò di nissunissimo momento e non produrrebbe alcun effetto. Difatti la successione ai beni donati è, al pari della ordinaria, prescritta dalla legge, e le condizioni con cui debbono venire gli eredi, sono per l'una e per l'altra indipendenti dalla volontà dell'uomo.

L'uomo può restringere o anche alle volte annullare l'ordinaria successione, e sempre annullare la successione ai beni donati, ma con un solo mezzo, *disponendo* cioè *del suo avere*. Onde se voglio abbia mio figlio la metà dei beni della mia ordinaria successione, mi basterà con un atto notarile dichiarare: » *Io voglio che mio figlio abbia la metà della mia eredità;* bisognerebbe di necessità far un atto di disposizione per dare o legare l'altra metà dei miei beni. Parimente, per la successione ai beni donati, non basterà

dire: « Non voglio che il mio ascendente donante riprenda i beni donati »; bisognerebbe disporne, facendoli uscire dal mio patrimonio. Dunque, ove esistano in natura nel patrimonio i beni donati, ove non lasci prole il defunto, e l'ascendente donante abbia la capacità e non sia indegno di ricevere, nulla può impedire la sua successione. Non si comprende che un giureconsulto abbia potuto per un momento fermarsi alle idee qui confutate (1).

XI. — 144. Poichè i beni della successione speciale non debbono nè possono pagare la legittima della ordinaria, poichè il dritto di legittima non esiste che per la successione ordinaria, e solo per essa può occorrere di farsi i calcoli, le operazioni, i procedimenti, è dunque aperto 1° che i beni donati non possono contarsi per determinare il *quantum* della legittima, e 2° che non potrebbero esser presi come sua legittima dall' ascendente, mio donante.

Così 1° se Pietro lascia un avo donante oltre ai suoi genitori, e il suo patrimonio è di 100,000 franchi di beni donati di cui non abbia disposto, e di 100,000 di altri beni che ha legati ad un amico; in questo caso, il padre per la sua parte (e si dirà altrettanto per la madre) non potrà pretendere che la sua legittima che è di un quarto (art. 915 (831)), fosse il quarto di tutto il patrimonio, cioè di 50,000 franchi; non potrà reclamare che il quarto dei 100,000 dei beni ordinari, cioè 25,000 franchi:— 2° Questo padre non potrà nemmeno in tal caso pretendere che i suoi 25,000 franchi di legittima possano prendersi sui 100,000 franchi di beni donati dall' avo e trovatisi nel patrimonio; bisognerà prenderli sul legato dei beni ordinari coll' azione di riduzione istituita contro il legatario.

Toullier (V, 129) nega queste due proposizioni come negava quella da noi più sopra stabilita (e in ciò almeno è conseguente con se stesso); ma sono questi tre errori certi, palpabili o meglio un solo e medesimo errore che cade su tre vari punti. L' errore è palpabile. Difatti, Toullier confessa esservi allora due successioni realmente distinte, di cui l' una deve una legittima, e l' altra nò; ma se la prima successione, se i primi 100,000 franchi non debbono la vostra legittima, come volete dunque farne conto per valutare questa legittima e con essi pagarvi?... Intendete dunque ciò: la legittima non è che una parte della successione ordinaria, maggiore o minore secondo il caso, qui sarebbe il quarto; ma dacchè vi bisogna il quarto della successione ordinaria, come verrete a calcolare un quarto sulle due successioni riunite? Oltre a ciò, innanzi di essere legittimario bisogna essere erede: come vorreste dunque, a titolo di erede legittimario, prendere i beni donati, voi che quanto ad essi non siete affatto erede.

Del resto, questi due altri errori di Toullier sono rigettati da tutti gli scrittori senza eccezione, anche (ciò è in vero strano) da Chabot (n° 17) Delvincourt (II) e Duranton (IV, 229) che pure ammettevano quello da noi di sopra combattuto e che non può disgiungersi. Quando non si ammette il principio della separazione delle due successioni, speciale ed ordinaria, o quando si ammette e poi si dimentica, deesi logicamente procedere in questa via. Essendo le due successioni in questo modo confuse in un solo patrimonio identico in tutte le sue parti, deve dirsi senza esitazione, che i beni donati, al pari degli altri, serviranno a determinare il *quantum* della legittima, e che tutti i legittimari avranno il dritto di pagarsi con essi. Toullier ha continuato in quella falsa via in cui prima entrò; nè si spiega perchè Chabot, Delvincourt e Duranton, fatto il primo passo, si sian tenuti dal fare il secondo ed il terzo; o tutto o nulla: i tre errori sono inseparabili e doveano tutti tre ammettersi o rigettarsi.

145. Abbiamo anche detto che Duranton si era messo in un impaccio da cui non

(1) Saintespés-Lescot (Donaz. e testam. II — 458), il solo autore che abbia dopo noi trattato la quistione, trova anche incomprensibile ciò che egli chiama eresia di Duranton, e riproduce la nostra confutazione

sa altrimenti trarsi che mercè la *aperta* violazione di principi che indubitabili riconosceva, ed ecco come:

Egli suppone un ascendente donante che non è erede ordinario, e che prende i beni donati malgrado la mancanza di altri beni per pagare la legittima (questi altri beni essendo stati tutti legati dal defunto); poi mette di contro l' ascendente legittimario (che pretende far ridurre i legati) e i *legatari* (che sostengono la riduzione non dovere aver luogo). Egli dapprima fa dire al legittimario un argomento che prova perentoriamente il dritto di far ridurre. Presta poi ai legatari, onde provare di non occorrere riduzione, un lungo ragionare fondato sulle idee ammesse da lui e da noi confutate, ragionare che in se non val nulla ma che il sapiente professore trova buono. Or da ciò viene un risultamento in vero strano, *cioè che* il legittimario che dice esservi *luogo* a riduzione, ha ragione, e che i legatari, i quali rispondono non essere quella permessa, non han torto. E ciò ha il coraggio Duranton di formalmente riconoscere. « Noi confessiamo, dice (VI 229 § 8), che *queste* rispettive (e contraddittorie) *pretensioni* del legitimario da una mano, e dei legatari dall' altra, sono tutte fondatissime sopra i principi!!! » singolari principi in verità come quelli da cui risulta che la riduzione deve e non deve aver luogo! Per avventura tali principi sono di Duranton, e il Codice, come si è veduto, ne è del tutto innocente.

XII. — **146.** I beni donati e i beni ordinari formando due distinte e separate *successioni*, ne segue che quando un ascen*dente* si trovi insieme chiamato a tutte e due, nulla impedisce di rinunziar l' una e accettar l' altra; quindi potrebbe riprendere i beni da lui donati e rinunziare alla successione ordinaria. Certo errore è dunque la contraria dottrina di Delvincourt; invano egli allega la massima *nemo pro parte haeres;* l' ascendente non è affatto erede in parte, essendovi due successioni e raccogliendo l' intero dell' una, nulla dell' altra. Chabot (n° 16) tuttocchè ammetta con tutti gli scrittori, che l' ascendente ha il dritto di rinunziare una successione, accettando l' altra, dice di non vedere in che modo si possa avere interesse a farlo; stantechè se la successione ordinaria non è buona, sarà anche tale quella privilegiata, soggetta ad una rata proporzionale di debiti. Un solo caso vede in cui possa effettuarsi la ipotesi: cioè se l' ascendente, presi prima i beni donati, scorge poi che i debiti pareggiano i beni, e vorrebbe quindi ripudiare il resto della successione.

Ma il caso può darsi in molte altre ipotesi. Così 1° l' ascendente potrebbe, malgrado il cattivo stato conosciuto della successione, prendere i beni donati, pagando anche più del loro valore per li pesi che li gravano; 2° potrebbe avere interesse a rinunziare la successione ordinaria anche buonissima, per ragione della collazione che dovrebbe fare ai coeredi delle donazioni o legati maggiori della sua rata ereditaria (art. 845 (764)); 3° potrebbe anche rinunziare ad una buona eredità, per vantaggiare un più remoto parente cui vuol fare del bene.

147. Del resto, l' ascendente chiamato agli uni e agli altri beni, può considerarli come due distinte successioni; nell' una delle quali ha una legittima, nell'altra nò; da lui dipende che tutti i beni non sieno che una sola e medesima successione, la ordinaria: gli basta perciò di non mettere innanzi la sua qualità di donante, e di trar partito da quella di ascendente più prossimo. Poniamo che Pietro, il quale avesse 100,000 franchi di beni donatigli dal padre, e 100,000 franchi di altri beni, muore lasciando unico erede il padre, ed avendo legato la totalità dei beni donati e le quattro quinte parti degli altri.

Se il padre invocasse distintamente la qualità di donante, e quella di erede ordinario, per venire distintamente alle due successioni, nulla prenderebbe della privilegiata, essendo usciti dal patrimonio i beni donati; e siccome la ordinaria non costerebbe che dei 100,000 franchi degli altri beni, sopra questi solamente avrebbe il suo quarto, o 25,000; non potrebbe dunque, pei 20,000 franchi che avanzano nella suc-

cessione, far ridurre i legati che per 5,000. Ma può, abbandonata la sua qualità di donante, presentarsi solo come ascendente ordinario, e pretendere, essendo l'intero patrimonio di 200,000 franchi, di aver dritto alla legittima di 50,000 franchi.

Nulla senza dubbio può impedire tal facoltà dell' ascendente, perchè i benefici risultando dalla qualità di donante non sono un obbligo imposto a lui, anzi un dritto stabilito in suo pro; or ciascuno può rinunziare sempre il dritto conferito per suo personale vantaggio. Senza dire che il donante avrà pure questa facoltà, quando non a lui ma ad un altro erede sarà deferita la ordinaria successione, di guisa che questa abbraccerebbe anche in tal caso la totalità dei beni, e sarebbe soggetta nel tutto al dritto di legittima, se l' erede chiamato a raccoglierla fosse legittimario.

Scorgesi adunque che il conoscere se tutti insieme i beni formeranno due successioni di cui una solamente conterrebbe la legittima, o unica successione su tutti i beni della quale dovesse valutarsi e prendersi la legittima, dipenderà non solo dall'esistenza o non esistenza del donante, ma pure dalla facoltà d'invocare o no la qualità di donante.

148. Bisogna infine esaminare un'ultima quistione sopra questo articolo, la cui disposizione alla fine è molto più semplice e più agevole a comprendersi, di quello che non farebbero credere le lunghe ed oscure disquisizioni della massima parte dei comentatori. Tal quistione dibattuta fra Toullier (IV-237) e Vazeille (n. 4) è quella di conoscere su quale delle due successioni a cui ad un tempo è chiamato, cadrebbe la accettazione del donante, quando avrà dichiarato di accettare, senza altrimenti spiegare la sua intenzione.

149. È chiaro dapprima, che se le circostanze mostrino che l'accettazione è fatta di una delle due successioni o di entrambe, si deciderà secondo le circostanze; ciò insegnano con buona ragione Vazeille e Duranton (VI. 210). Ma che decidere se le circostanze lascino sul proposito il dubbio!... Toullier vuole che l'accettaziono sia allora del tutto; Vazeille, per converso, della sola privilegiata successione... Quest'ultima decisione, lo diciamo francamente, è erronea. Invero ecco due successioni lasciate dallo stesso defunto e deferite alla medesima persona, la quale senza spiegarsi d'avvantaggio si restringe a dire: *Io accetto*. Come dirsi senza arbitrio che siasi accettata questa o quella delle due successioni e non l'altra? perchè la successione speciale, anzichè la ordinaria? perchè la ordinaria, anzichè la speciale?... Ella accetta, che cosa? Senza dubbio, ciò che le vien deferito; accetta assolutamente e senza distinzione; dunque l'accettazione sarà assolutamente di tutto ciò che la legge le offre, cioè delle due successioni riunite.

CAPITOLO QUARTO

DELLE SUCCESSIONI IRREGOLARI.

SEZIONE PRIMA

DE' DRITTI DE' FIGLI NATURALI SU' BENI DEL PADRE O DELLA MADRE, E DELLA SUCCESSIONE AI FIGLI NATURALI MORTI SENZA PROLE.

Degli undici articoli, onde costa questa sezione, nove trattano della successione dei figli naturali rispetto a' loro genitori legalmente conosciuti; gli ultimi due soltanto si occupano della successione a' figli naturali morti senza prole.

§ 1. — *Della successione de' figli naturali a' loro autori.*

756 (674 M e 677). — I figli naturali non sono eredi; la legge non accorda ad essi un tal dritto sopra i beni del loro padre o madre defunti, se non quando siano stati legalmente riconosciuti. Essa non accorda ai medesimi alcun dritto sopra i beni dei parenti del loro padre o della madre.*

* Notabili mutamenti osservansi nelle nostre leggi intorno alla successione dei figli naturali: noi verremo mano mano indicandoli. E primieramente ecco come venne modificato l'art. 756 dal nostro articolo 674:

« Art. 674. I figli naturali succedono alla madre. Non succederanno al padre, se non sieno stati legalmente riconosciuti, ed in quei casi ne' quali è per legge ammessa la pruova della paternità.

» Essi succedono nella metà della porzione che loro sarebbe spettata, se fossero stati legittimi, quando il padre abbia lasciato figli, o discendenti o ascendenti legittimi. Ne conseguiranno due terzi, quando esistano congiunti collaterali in gradi successibili. Saranno ammessi alla totalità, quando questi non esistano ».

Or mentre i legislatori francesi assumendo in principio che i *figli naturali non sono eredi*, limitarono i loro diritti sulla successione paterna e materna, il nostro legislatore, al contrario, seguendo per la materna successione le leggi romane, come più giuste e più eque, ha stanziato che essi *succedono alla madre*, e però ha solamente limitato i dritti dei figli naturali rispetto alla successione paterna.

A render più chiaro questo punto di dritto controverso, gioverà esporne le storia, e ci è grato poterlo fare con le parole dell'insigne filosofo e giureconsulto Pasquale Borrelli, il quale, nell' anno 1841, ebbe a sostenere le ragioni dell' attual principessa di Pallagoria, nella divisione della eredità della defunta principessa di Pallagoria signora Vilani.

Dopo di avere esposta la legislazione romana su la successione de' bastardi alle madri, e la legislazione francese, così discorre della legislazione sicula. Il consiglio di cancelleria incaricato di proporre le modificazioni da farsi al Codice civile francese, s'intrattenne assai su gli articoli or ora citati.

Il Consigliere Solima dappoi che ebbe ricordati con molta precisione i dettami del diritto romano, soggiunse che questo era molto più liberale che non era il francese inverso i figli naturali: « La convenzione nazionale però « (così egli continua» va), secondo il suo uso, era andata al di là, a» vendo pareggiato il concubinato permesso in Ro» ma antica al vincolo del matrimonio proclamato » e guarentito da tutte le leggi. Dietro queste ri» flessioni (ei conchiudeva) ci sembra dovere i fi» gli naturali ammettersi sempre alla successione » materna, quando la madre gli abbia riconosciuti, » e restar l'articolo riguardo al solo padre.

Questa proposizione fu combattuta con varie ragioni.

Il consigliere Magliano diceva, che « il ricono» scimento della madre è inutile, essendo per» messa la prova della maternità.

Il reggente principe di Cardito apponeva, che » questo cambiamento promuove il concubinato.

Il consiglier Sarno opinava, che « la successione » dei figli naturali doveva essere sempre la stessa » tanto su l'eredità paterna, che sulla materna.

Dietro questa discussione, il consigliere Magliano propose di redigere a questo modo l' art. 674 « I » figli naturali succedono alla madre. Non suc» cedono al padre, se non sono stati legalmente ri» conosciuti, ed in quei casi, ne' quali è ammessa » per legge la prova della paternità. Essi succedono » nella metà della porzione che loro sarebbe spet» tata, se fossero legittimi, quando IL PADRE O LA MA» DRE abbia lasciato figli discendenti o ascendenti le» gittimi. Ne conseguiranno due terzi, quando vi » saranno congiunti collaterali in grado successi» bile. Saranno ammessi nella totalità in mancanza » de' parenti in grado successibile ».

Era in questa redazione il parere di Solima quasi in tutto neglètto. Perciocchè egli proponeva di ritenere le limitazioni relativamente al solo padre, ed il progetto in prescriverle indicava del pari ed IL PADRE E LA MADRE; di tal che in ordine a costei i figliuoli non guadagnavano, se non lo sterile titolo di successori od eredi. Or perchè si sarebbe per così poco abbandonata la legislazione francese? Ma scrutinato l'articolo dalla camera di giustizia e dal Consiglio di Stato, trionfarono compiutamente le osservazioni di Solima. Ritenuto in fatto il resto dell'articolo progettato, ne furon tolte solamente le parole, E LA MADRE. Quindi la limitazione della qualità successoria fu unicamente ristretta al padre; e sì fatta qualità che nel progetto di Magliano non era altro che un nome, divenne una realità preziosa.

Seguitando l'istoria di questa parte del dritto, egli è dunque visibile, che nella legge romana il figlio naturale della madre non illustre succedea co' figli legittimi; che nel dritto francese punto non succedea; che nella redazione di Magliano le succedea sempre, ma con le stesse limitazioni, le quali sono prescritte in ordine al padre; e che in fine l'art. 674 delle leggi civili, siccome ora è redatto, le ha ritenute per lo padre, cancellando a disegno il nome della madre. Chi dopo ciò può dubitare della piena ed indeterminata libertà di succedere alla madre medesima, può darsi giustamente il vanto di non temer l'evidenza.

Non è inutile avvertire che quello stesso Magliano, il quale in alcuna cosa avea discordato da Solima, diè poscia allo art. 674 quella stessa intelligenza, che da noi gli vien data. Scrisse in fatti nel suo commentario, che la nuova legge napolitana « per la materna successione ha seguite le

SOMMARIO

I. I figli naturali, legalmente riconosciuti, non sono eredi nè hanno l' investitura ; ma sono immediati proprietari, e potrebbero rivendicare i beni alienati dall'erede, prima della loro domanda d'immissione in possesso. Errore di parecchi scrittori. Rimando pel dritto di legittima.

II. Durante la vita dei loro genitori hanno dritto agli alimenti. Ma nissun dritto possono avere rispetto ai parenti dei loro genitori. Errore di una decisione di Douai.

I. — 150. A fin di rendere desiderato ed onorato il matrimonio, la legge nega ai figli naturali il titolo di eredi, ma nondimeno accorda loro sulla eredità del padre e della madre dritti più o meno larghi, secondo le circostanze che saran determinate dai seguenti articoli. E non pure hanno il dritto ordinario di successione sui beni esistenti nel patrimonio del loro autore alla sua morte, ma, come vedremo (art. 914 (830), n. III), hanno anche il dritto di legittima su quelli di cui l'autore abbia fatto liberalità, oltre la parte disponibile.

I figli naturali, che sono legalmente riconosciuti dal padre e dalla madre, han dritto alla loro successione. Invero non riconosciuti mancano di vincolo legale di

» leggi romane, come più giuste e più eque». Nè già le avrebbe seguite, se non avesse abilitato il figliuolo naturale a ricever senza limiti la successione materna.

E su questo punto di dritto la Corte suprema di Napoli nella causa Berlinghieri di Cotrone stabiliva i veri principî colla decisione pronunziata il dì 1° marzo 1845, che a noi piace di riportare.

Quistioni. — « 1ª In quale quota la figlia naturale succede alla madre?

» 2.ª La figlia naturale può essere istituita legataria universale nella intera quota disponibile dalla sua madre?

» La Corte suprema relativamente al dritto della figlia naturale sulla successione di sua madre.

» Veduto l' articolo 756 del Codice francese relativo alla successione dei figli naturali così conceputo = I figli naturali non sono eredi : la legge non accorda loro de' dritti sopra i beni del loro padre, o madre defunti, se non quando sieno stati legalmente riconosciuti.

» Veduto il susseguente articolo 757 : Il dritto del figlio naturale su' beni del padre, o della madre defunti è regolato nel seguente modo = Se il padre o la madre ha lasciato de' discendenti legittimi, il dritto del figlio naturale è di un terzo... è della metà quando il padre o la madre non avessero lasciato discendenti, ma ascendenti, o fratelli, o sorelle; è di tre quarti quando il padre, o la madre non avessero lasciati nè discendenti, nè ascendenti, nè fratelli, nè sorelle.

» Veduto l'articolo 758 dello stesso Codice francese. Il figlio naturale ha dritto alla totalità dei beni, quando il padre, o la madre non lasciano parenti in grado di succedere.

» Veduto il nuovo Codice che, derogando agli articoli del Codice francese sopra trascritti, ha disposto così:

» Articolo 674 delle leggi civili = I figli naturali succedono alla madre. Non succederanno al padre, se non sieno stati legalmente riconosciuti.

» Essi succederanno nella metà della porzione, che loro sarebbe spettata se fossero stati legittimi, quando il padre abbia lasciato figli...

» Sulla capacità poi della figlia naturale ad essere istituita legataria universale della sua madre.

» Veduto l' articolo 908 del Codice francese = I figli naturali non possono ricevere cosa alcuna sì per donazione tra vivi, che per testamento, oltre quello, che loro è accordato nel titolo delle successioni.

» Veduto l'articolo 824 delle leggi nuove surrogato all'articolo 908 del Codice abolito = I figli naturali non possono ricevere cosa alcuna dal padre sì per donazioni tra vivi, che per testamento, oltre quello che loro è accordato nel titolo delle successioni.

» Osserva, che confrontando le disposizioni derogate con quelle che sono state surrogate, sarebbe vano il muover disputa d' interpetrazione, e pretendere, che la figlia naturale relativamente alla eredità della madre fosse involta in quella stessa restrizione ed incapacità, che il nuovo Codice ha limitato nel rapporto dell'eredità del padre.

» Che le nuove leggi non solo ne' trascritti articoli, ma anche negli articoli seguenti 676 sino all'articolo 679 han distinto con cura particolare le disposizioni che sono relative al padre, ed alla madre, e quelle che sono limitate al solo padre.

» Che dopo una distinzione così precisa, potrà solo per vaghezza di brillare, argomentarsi in una discussione accademica, ma non sarebbe della serietà dei tribunali il distrarsi inutilmente su chiare disposizioni legislative.

» Che come sarebbe un difetto il trascurare l'esame di proposizioni dubbie, sarebbe egualmente un difetto il cercare di dimostrare, o provar ciò ch'è evidente e chiaro, senza bisogno di alcun commentario.

» Che quindi non vi è da censurare una decisione, che si è strettamente limitata ad eseguire quello, che la legge in vigore ha testualmente disposto.

parentela: lo spurio, non riconosciuto nelle forme dalla legge prescritte, è legalmente senza padre e madre. Ma non è mestieri di un riconoscimento volontario; dalla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità derivando gli stessi effetti, evvi in questo caso il riconoscimento non libero, ma forzato.*

Abbiamo osservato nello art. 724 (645), che i figli naturali non essendo eredi, non hanno il possesso legale e di pieno dritto dei beni del defunto, e bisogna domandino il possesso, non sempre giudizialmente, secondo dice l'art. 724 (645), ma dagli eredi immessi in possesso se ve ne sieno, e se no, giudizialmente. Ma se questi figli non sono immessi in possesso, non lasciano di essere proprietari, e di conseguenza se innanzi la loro domanda della immissione in possesso, gl'immobili della eredità fossero alienati dagli eredi, che ne erano in parte proprietari, potrebbero i figli, entro il termine della prescrizione, ripetere contro i terzi acquirenti la rata degli immobili loro spettante. Questo dritto incontrovertibile, e derivante per fermo dalla loro qualità di proprietario, negano parecchi scrittori (1); ma noi l'abbiamo abbastanza stabilito per tutti i successori in generale nel n. IV dell'art. 137 (143).

II.—151. Il figlio naturale legalmente riconosciuto, non solo ha un dritto sopra i beni dei suoi genitori defunti; ma anche levasi creditore di alimenti contro di essi mentre sono in vita. L'art. 762 (678) negando ai figli adulterini o incestuosi qualunque dritto alla successione dei loro autori, accorda ad essi contro gli eredi di questi un credito di alimenti; ma dacchè il nostro titolo delle successioni riconosce questo credito contro i rappresentanti dei loro autori, bisogna implicitamente riconoscerlo contro gli autori medesimi, essendo assurdo che alcuno fosse obbligato, quale erede di una persona, ad alimentare i figli di lei, mentre ella non avrebbe dovuto farlo. Ma se ai miei figli adulterini o incestuosi io devo gli alimenti, li dovrò con più ragione ai miei figli semplici naturali.

Del resto, o un dritto successorio alla morte dell' autore o gli alimenti, sua vita durante, potranno esigere i figli naturali rispetto ai genitori che li hanno riconosciuto; poichè il riconoscimento, siccome più di una volta abbiamo osservato, e secondo prova specialmente l' art. 335 (258), non stabilisce parentela legale che fra chi riconosce e chi è riconosciuto, cotalchè un figlio naturale non ha mai avi. Ciò positivamente dichiara il nostro articolo nell' ordinamento del dritto di successione. Non si comprende dunque, che la Corte di Douai abbia potuto condannare una persona a prestare una pensione di alimenti ai figli naturali di suo figlio; ed a ragione la sua decisione è stata annullata (17 luglio 1817).

757 (674 M).—Il dritto del figlio naturale sui beni del padre o della madre defunti, è regolato nel seguente modo.

Se il padre o la madre ha lasciato discendenti legittimi, il suo diritto è di un terzo della porzione ereditaria che egli avrebbe conseguito se fosse stato legittimo; è della metà quando il padre o la madre non avessero lasciato discendenti, ma bensì ascendenti, o fratelli o sorelle; è di tre quarti, quando il padre o la madre non avessero lasciato nè discendenti nè ascendenti nè fratelli nè sorelle.

SOMMARIO

I. Il dritto del figlio naturale è una parte di quello che avrebbe se fosse legittimo. Con-

* Nelle nostre leggi è formalmente dichiarato coll'articolo 674 che il figlio naturale è ammesso a succedere non solo quando il padre lo abbia riconosciuto, ma anche *in quei casi nei quali per legge è ammessa la pruova della paternità.*

(1) Merlin (*Rep.*, *Bastardo*, sez. 2), Chabot (numero 13); Delvincourt, Malpel (n. 21).

seguenza per la legittima. Rimando. Questa parte è più o meno grande, secondo il maggiore o minor favore degli eredi coi quali concorre. — *Errori di Chabot e Duranton per la concorrenza con nipoti venienti per dritto proprio.*

II. Il figlio naturale, concorrendo coi nipoti del defunto, non ha dritto che alla metà. — *Errore di Grenier, Favard, Malpel, Vazeille e della giurisprudenza.*

III. Come si fa il calcolo quando vi sono più figli naturali.

IV. Quando vi sono ascendenti in una linea, e collaterali nell' altra, il figlio prende metà nella prima e tre quarti nella seconda. Errore di Duranton.

I. — 152. Il contingente dei beni a cui ha dritto il figlio naturale, concorrendo cogli eredi legittimi, è sempre una parte di quello che avrebbe se fosse legittimo; prende il terzo o la metà o i tre quarti di quello che avrebbe, secondo la qualità più o meno favorevole degli eredi: il terzo soltanto in faccia ai discendenti, la metà in faccia agli ascendenti o collaterali privilegiati; i tre quarti in faccia ai collaterali ordinari. Da questa indole del dritto del figlio naturale, cioè dall' essere il suo dritto una parte di quello del figlio legittimo, deriva il dritto della legittima per lui, come vedremo più appresso (art. 914 (830)), n° III).

Il figlio naturale in faccia ai discendenti consegue il terzo di quello che avrebbe se fosse legittimo. Onde se con lui concorra un solo figlio legittimo o più nipoti rappresentanti di un solo, egli che avrebbe avuto una metà se fosse stato pure legittimo, avrà il terzo della metà, cioè un sesto: se concorrano due figli legittimi o più discendenti rappresentanti dei due figli, il figlio naturale che avrebbe conseguito un terzo, avrà il terzo del terzo, cioè una nona parte.

Se il defunto, in luogo di figli di primo grado o (che vale lo stesso) di nipoti che quelli rappresentino, lasciasse solo nipoti venienti per proprio dritto, sarebbe altra la conseguenza. Così lasciando il defunto un figlio naturale, ed uno legittimo, che è dichiarato indegno o rinunzia e che ha due figli; questi ultimi, nipoti del defunto, i quali non possono rappresentare il padre, potranno succedere per proprio diritto, ma non ridurranno il figlio naturale a un sesto della eredità, quasi venissero colla rappresentazione. Invero a quelli del secondo grado che verranno per diritto proprio, dirà il figlio naturale: se fossi legittimo, escludendovi, conseguirei la intera eredità; dunque a me si deve il terzo di essa. Questa semplicissima decisione data da Malpel (n° 158, § 7), adottata da Vazeille (n° 2), non han trovata esatta nè Chabot (n° 5) nè Duranton (VI, 274, § 3). I quali due scrittori, commettendo in ciò un grandissimo errore, pretendono che i nipoti, tuttochè succedano per diritto proprio, sieno contati quasi venissero colla rappresentazione. Ma questa idea ove l' hanno essi trovata? ove ha detto la legge che i discendenti, quando la rappresentazione è impossibile, si stimano come rappresentanti quanto al figlio naturale?... È semplicissima la regola della legge che vuole che il figlio naturale abbia il terzo di quello che avrebbe se fosse legittimo; or se tale fosse, avrebbe la intera eredità; dunque avrà il terzo di essa.

Il concorso del figlio naturale con ascendenti o collaterali non può incontrare alcuna difficoltà, nè pur dar luogo ad alcun calcolo per determinare la metà o i tre quarti a cui egli ha diritto, essendo sempre e necessariamente la metà o i tre quarti *della eredità*. Difatti, se il figlio naturale fosse legittimo, avrebbe la intera eredità di contro agli ascendenti o collaterali; dunque la metà o i tre quarti di quello che avrebbe, è sempre la metà o i tre quarti di tutta la eredità.

II. — 153. Ma concorrendo con nipoti legittimi del defunto, ha egli diritto a metà ovvero a tre quarti? Il presente articolo dice che avrà solamente una metà in faccia *ai fratelli o sorelle;* ma dal non aggiungere *o dei loro discendenti* bisogna inferire che rispetto a questi conseguirebbe tre quarti?... Per noi non è una quistione, perchè essendo principio generale che i discendenti di fratelli o sorelle hanno i

medesimi dritti che i fratelli e le sorelle, bisognava, per rimuoverli, non pure che la legge in silenzio li passasse, ma che espressamente li respingesse: le eccezioni non si presumono. — Parecchi autori e il maggior numero delle decisioni giudicano in vero il contrario, ma la loro decisione non fondasi che sopra una manifesta confusione.

« *La* successione dei figli naturali, di*cono* in sostanza, ha regole proprie scritte nel nostro capitolo IV; e per conseguenza non si può per essa che è irregolare mettere innanzi le regole ordinarie stanziate per le successioni regolari dal capitolo III. Ora il nostro art. 757 (674 M) accorda al figlio naturale i tre quarti quando il padre non lasci nè discendenti legittimi nè ascendenti nè fratelli o sorelle; dunque i nipoti non impediranno il dritto ai tre quarti. Vanamente si invocherà all' uopo la rappresentazione, bisognando, perchè questa loro si accordi, passare dalla nostra sezione all' art. 742 (663) del capitolo precedente » (1).

Per risposta facciamo questa osservazione, *che quando* una successione è devoluta *in pari* tempo ad eredi legittimi e a successori irregolari, essa mentre per questi è irregolare, è regolarissima per quelli. Sicchè, se un defunto lascia con un figlio naturale, uno legittimo e due nipoti; voi certamente chiamerete questi ultimi a rappresentare il padre e li conterete per uno. Ora ciò in forza di quali articoli? non in forza di quelli della nostra sezione che non ne discorrono affatto, ma sì degli articoli 740 e 743 (661 e 665) del capitolo pre*cedente*, dettati per le successioni regolari; essendo in vero la successione perfettamente regolare rispetto agli eredi legittimi. È stranezza considerare come tutta irregolare una successione, sol perchè una parte vien raccolta da uno spurio! Per converso, essa rimane regolare per gli eredi, e bisogna applicare tutte le regole generali del capitolo precedente, coll' aggiunta delle speciali della nostra sezione.

Così non è dunque dubbio il punto di cui si tratta, dacchè l' art. 750 (672) che ordina la chiamata dei discendenti di fratelli o sorelle, pone per norma fondamentale che questi discendenti (succedendo anche per propria ragione), hanno i medesimi dritti che i fratelli e le sorelle.

In conseguenza di che bisognerà sempre, e quando pure la legge tralascia di ripeterlo, osservarsi pei nipoti il medesimo che pei fratelli e le sorelle. Se ciò riconoscesi per l' art. 752 (T), è forza anche riconoscerlo pel presente art. 757 (674 M), poichè la presenza dello spurio non potrebbe rendere la successione irregolare per gli eredi legittimi. E ciò tanto più chiaro riesce, che quella parte di articolo in cui la difficoltà s' incontra, è stata precisamente aggiunta affinchè esso concordasse con le disposizioni, che regolano il concorso fra gli ascendenti e i fratelli, e pongono i nipoti nella uguale posizione dei fratelli. Onde Treilhard compilatore del progetto e insieme commessario del Governo pel presente titolo, spiegava avanti il corpo legislativo, che l'articolo intendevasi dei fratelli e sorelle o *loro discendenti* (Fenet, XII, p. 27, 29 e 150).

Arroge una osservazione che da sè sola basterebbe. La gradazione seguita dallo art. 757 (674 M) nel dare allo spurio, prima un terzo, poi una metà, poi tre quarti, fondasi sul più o men grande favore degli eredi legittimi divisi in tre classi. Difatti, essendo i discendenti legittimi più favorevoli degli altri eredi, il figlio naturale non toglie loro che un terzo; la metà ai secondi più favorevoli degli ultimi, a questi tre quarti. Ciò fermato, il nostro articolo, posti nella prima classe i parenti che formano il primo dei quattro ordini di eredi (i discendenti) colloca nella seconda, non che il secondo dei quattro ordini (il padre e la madre, i fratelli e le

(1) Grenier (Donaz., II-668), Favard (Man., p. 360), Malpel (n° 159), Vazeille (n° 6), Richefort (III-37); Lig., 28 marzo 1833; Rouen, 14 luglio 1840; Tolosa, 20 aprile 1845 (Dev., 1833, I, 284; 1840, II, 254; 1846, II, 49).

sorelle), ma anche il terzo (gli ascendenti ordinarî). Or se vi pone il *terzo*, come pretenderebbesi che ne escludesse i discendenti di fratelli che sono nel secondo (1)?

III. — 154. Il nostro articolo parla solo del figlio naturale singolarmente: che decidere per più figli naturali? Bisognerà dare a ciascuno di loro la parte di quello che avrebbe avuto se fosse stato legittimo; o solamente dare a tutti in massa la parte di quello che avrebbero avuto se tutti fossero stati legittimi?

Supponiamo due figli naturali, uno legittimo, e 36,000 franchi. Se ai due naturali accordasi il terzo di quello che avrebbero avuto, essendo entrambi legittimi, si dirà: supponendosi legittimi questi due, vi sarebbero tre figli legittimi che conseguirebbero 12,000 franchi per ognuno, dunque bisogna dare a ciascun figlio naturale il terzo dei 12,000, ossia 4,000, e il figlio legittimo ne avrà 28,000. — Se, al contrario, si desse ad ogni figlio naturale il terzo di quello che avrebbe avuto se legittimo, la parte sarebbe maggiore. In vero, essendo egli legittimo, vi sarebbero stati due figli legittimi ed uno naturale; ora un legittimo concorrendo con un altro legittimo, ed uno naturale, consegue di più che concorrendo con due legittimi; e dacchè maggiore sarebbe la sua parte, deve anche esser di più il terzo di questa porzione. In breve, se il pensiero della legge è di calcolare per ogni singolo figlio il terzo di quello che avrebbe, egli deve avere di più in faccia a due, quattro o sei figli, dei quali uno solo sia legittimo, che non in faccia a due, quattro o sei figli tutti legittimi. Secondo quest' altro sistema nella riferita ipotesi ciascuno dei due figli avrebbe 5,333 franchi 33 c. e non 4,000 franchi (2).

Ma quale è il pensiero della legge? Significa forse il nostro articolo: il figlio naturale, non essendo che un solo, e ciascuno dei figli naturali in particolare (se sono di più) avrà il terzo, la metà o i tre quarti di quello che avrebbe se fosse legittimo, e rimanendo gli altri quali sono? ovvero (e come avviene spesso, che il legislatore ponga il singolare per comprendervi anche il plurale) significa semplicemente: i figli naturali avranno in massa il terzo, la metà o i tre quarti di quello che avrebbero avuto se fossero stati legittimi tutti insieme?... A quest' ultima idea che certamente è quella della legge, fa uopo attenerci. L'altro sistema mena, infatti, all'assurdo in certi casi. — Supponete due figli naturali, un cugino e 24,000 franchi... Il primo figlio naturale direbbe: A me bisognano i tre quarti di quello che avrei se fossi legittimo; ora se tale io fossi, il mio fratello naturale prenderebbe il terzo d'una metà, cioè 4,000 franchi, ed il resto sarebbe mio, cioè 20.000 franchi; ma da che avrei allora 20,000 franchi, a me dunque bisognano i tre quarti di questi

(1) Ved. nel nostro senso: Merlin *(Rep., Rappresentaz.*, sez. 4, § 7); Maleville (art. 757 (674)); Chabot (*ib.*, n, 9); Toullier (IV-254); Delvincourt, Duranton (VI-288); Delaporte (III, p. 111); Cotelle (I, p. 267); Loyseau *(Append.*, p. 108); R. de Villargues *(Porz., disponib.*, n.76); Dalloz (*Succ.*, cap. 4, sez. I, n. 9); Poujol (n. 25); Pont *(Riv. di leg.*, 1846, I, p. 105); Zachariae (IV, § 605); Duvergier *(supra Toullier)*; Gros *(Dr. succ. dei figli naturali*, n. 55); Pau, 10 aprile 1810; Rennes, camere riunite, 26 luglio 1843 (Dev., 44, 2, 342).

Del resto è un errore chiamare la nostra dottrina *sistema della rappresentazione*, non bisognando affatto mettere innanzi la rappresentazione per istabilire il dritto dei nipoti.

(2) Onde fare il calcolo, bisogna incominciare dal supporre, per un momento, legittimi tutti i figli naturali, e dividere la successione fra loro in uguali parti. Ora per l' ultimo figlio naturale fa uopo prendere il terzo di una porzione, detrarlo dal totale e il resto dividere ugualmente fra tutti gli altri; poi al penultimo dare il terzo di una delle porzioni che si son fatte, attribuire all'ultimo in cambio di ciò che prima aveva avuto, una porzione eguale a quella del penultimo e riunire queste due parti per detrarle dal totale. Si continuerà così fino a giungere al primo figlio naturale, di cui la porzione diffinitiva sarà attribuita ad ognuno di tutti gli altri; tutte le parti riunite saranno detratte dal totale, ed il rimanente sarà dato al figlio legittimo (o se più fossero i figli legittimi, sarà diviso fra loro). In questo modo e nella ipotesi (posta da Duranton) di un figlio legittimo che abbia a dividere 72,000 franchi con cinque figli naturali, si troverà per ogni figlio naturale 7,832 franchi 11 centesimi, in luogo di 9333 franchi 33 centesimi che trova Duranton, il quale si è ingannato nella operazione necessaria pel sistema di cui trattiamo.

20,000 franchi cioè 15,000 franchi. Il secondo figlio naturale direbbe lo stesso, e vorrebbe altresì 15,000 franchi per forma, che sopra una eredità di 24,000 franchi ne bisognerebbero 30,000, val dire più dell'intero ai due figli naturali ; e il cugino dovrebbe rimettervi del proprio 6,000 franchi!—Poichè questo secondo sistema mena così all'assurdo, nè il nostro articolo permette di discuterne un terzo (non potendo avere che due sensi e non tre), bisogna dunque attenerci al primo.

155. Alcuni giureconsulti è vero per aprirsi libero campo, pretendono che il nostro articolo non regoli, anche implicitamente, il caso di più figli naturali, al quale , secondo loro , non avrebbe nemmen pensato il legislatore. Questo punto donde prendon le mosse è apertamente falso. In effetto il Codice prima di determinare nel nostro articolo la quota del dritto, ferma il suo principio nel precedente articolo con dire, che i figli naturali (in plurale) riconosciuti , hanno dritto sui beni del loro padre (in singolare) o della madre , in modo che si tratta di varii figli dello stesso autore. Parimente innanzi il corpo legislativo, nella analisi di questo art. 756 (674 M) ed anche del nostro articolo 757 (674 M), si è detto (756 (674 M)), che i figli naturali hanno un dritto che si limita ai beni del padre e della madre (in singolare), e che (757 (674 M)) a lato dei discendenti legittimi, questo dritto dei figli naturali si riduce al terzo della porzione che avrebbero ricevuto se fossero stati legittimi (Fenet, XII, pag. 230).

D'altra parte, e per dippiù, i sistemi presentati da questi giureconsulti si condannano da se stessi... Il più notabile è incontrastabilmente quello proposto da Gros avvocato a Lione in un bello opuscolo pubblicato col titolo di *Ricerche sui dritti successori de' figli naturali*. Logico e giusto quanto ingegnoso questo sistema di ripartizione, è altronde semplicissimo nel calcolo, riducendosi sempre a fare un numero di porzioni eguali alla somma che si trova, triplicando il numero dei figli legittimi, e aggiungendovi quello dei figli naturali, più due per dare indi una di queste porzioni ad ogni figlio naturale. Or questo sistema è pure contrario al pensiero del Codice, dacchè concorrendo sei figli naturali con un figlio legittimo, esso darebbe ai primi i sei undicesimi de' beni, più di metà, cotalchè il figlio legittimo avrebbe allora meno di quello, che la legge nel medesimo caso attribuisce ad un semplice fratello del defunto.

Adunque il primo sistema è quello della legge , come professano in generale tutti gli scrittori (1).

IV.—156. Se il figlio naturale si trovasse in concorso in pari tempo con ascendenti in una linea e con collaterali nell'altra, egli avrebbe dritto ad una metà nella prima linea ed a tre quarti nella altra, non ostante la contraria opinione di Duranton (VI, 287).

Il solo elemento di decisione da potersi qui invocare contro il figlio naturale, è il testo del nostro articolo, il quale dichiara, che il figlio non avrà che la metà quando il defunto lascia ascendenti. Ma i principî della materia non permettono di pigliare queste parole alla lettera. Se p. e. gli ascendenti rinunziassero o fossero indegni , e la eredità passasse intera ad un cugino, non è evidente che il figlio avrebbe i tre quarti, quantunque il defunto lasciasse ascendenti? L'articolo adunque significa che il figlio avrà la metà se la successione è conseguita da ascendenti, e tre quarti se da collaterali. Ora abbiamo veduto sotto l' articolo 733 (T) che qualunque eredità devoluta al terzo e quarto ordine di erédi (ascendenti e collaterali ordinarî) soffre una partizione che la divide in due successioni , l'una per gli eredi paterni, l'altra pei materni, per modo che un erede paterno del quarto ordine, benchè fosse tanto rimoto, prende la sua eredità malgrado la presenza di un erede

(1) Chabot (n. 3) ; Delvincourt (t. II) ; Toullier (IV-252); Loyseau (p. 624); Duranton (VI-275); Malpel (n. 161); Favard (*Succ.*, p. 4); Dalloz (*Succ.*, p. 318); Zachariae (IV, p. 208).

materno del terzo ordine, che non può prendere che la sua. Vi sono allora due successioni, per ciascuna delle quali si applicano separatamente le regole della legge, senza di che il parente del terzo ordine escluderebbe necessariamente quello del quarto. Così, quando il defunto ha per erede un avolo di una linea ed un cugino dell'altra, il patrimonio di lui è diviso dalla legge in due eredità, la prima passa all'ascendente, la seconda al collaterale; e dacchè il nostro articolo vuole che il figlio naturale prenda metà nella successione devoluta agli ascendenti e tre quarti in quella raccolta dai collaterali, il figlio adunque avrà una metà rispetto all'avolo e tre quarti rispetto al cugino (1).

758 (674 M). — Il figlio naturale ha diritto sulla totalità dei beni, quando il padre o la madre non lasciano parenti in grado successibile.

157. Se il defunto non lasci parenti legittimi sino al dodicesimo grado, o quelli che potrebbero esistere sieno indegni o abbiano rinunziato, il figlio naturale ha dritto sulla totalità dei beni.

Ma per fermo non potrebbe qui ragionarsi, come sotto l'articolo precedente si faceva contro Duranton, e pretendere che il figlio avrà diritto sulla totalità dei beni attribuiti ad una linea, non essendovi parenti di essa linea, e nell'altra ascendenti o semplici collaterali. Sappiamo in fatti che non essendovi in una linea alcun parente, più non esiste il principio della partizione in due successioni, e non ve n'ha che una sola da passare ai parenti dell'altra (articoli 756, § 2; 733, § 3 (674 e T)).

759 (675). — In caso di premorienza del figlio naturale, i suoi figli o discendenti possono reclamare i diritti stabiliti negli articoli precedenti.*

SOMMARIO

I. Si tratta dei discendenti legittimi *del figlio naturale. Errore di Maleville, Favard, Delvincourt e Duranton.*

II. Questi discendenti non possono succedere che colla rappresentazione; dunque se il loro autore vivesse, sarebbero esclusi anche dallo Stato. Errore di Vazeille.

I. — 158. La legge supponendo qui che il figlio naturale sia premorto al padre (o alla madre) che l'ha riconosciuto, dichiara che i discendenti di lui potranno esercitare sulla eredità del padre naturale i dritti che quegli, se fosse vivente, eserciterebbe. Ma il dritto di rappresentarlo non appartiene a tutti i discendenti del figlio naturale ma ai soli legittimi. Difatti qualunque discendente naturale è formalmente escluso dalla precisa dichiarazione dell'art. 756 (674 M e 677) che « la legge non accorda ai medesimi un tal diritto sopra i beni del loro padre o madre defunti, se non quando sieno stati legalmente riconosciuti. Essa non accorda ai medesimi alcun diritto sopra i beni dei parenti del loro padre o della madre ».

E non pertanto Maleville, Favard *(Succ.,* sez. 4); Delvincourt (n. 2) e Duranton (VI-295), adottando contrario avviso, pretendono che il nostro articolo 759 (675) faccia eccezione allo art. 756 (674 M) e si fondano sulla discussione che ebbe luogo nel consiglio di Stato.

Egli è vero che Berlier e Cambacérès, senza bene intendersi essi medesimi, dis-

(1) Conf. Chabot (n. 13); Toullier (IV-256); Delvincourt (t. II); Dalloz (*Succ.*, cap. 3); Vazeille (numero 8); Poujol (n. 26).

* L'articolo 675 delle nostre leggi è espresso così: « nel caso di premorienza dei figli naturali, i figli e discendenti dei medesimi potranno rappresentare i dritti stabiliti nell'articolo precedente ».

sero che « il figlio naturale non è erede, ma sui beni del padre ha *un credito* che dee passare ai propri figli naturali, ridotto secondo la loro qualità; che quindi essi avranno il terzo di un terzo, cioè un nono nella eredità del loro avolo...»

Ma è altresì vero che niuno pose mente a tali asserti, e che l' articolo fu senza altro adottato (Fenet, XII, p. 30). Ma si può da ciò inferire che il consiglio di Stato abbia adottato le false idee dei due consiglieri, o piuttosto che abbia stimato di non pur discuterle? Non esitiamo ad appigliarci a tale avviso, parendoci chiaro che se il consiglio avesse voluto fare eccezione alla disposizione tanto energica dell'articolo 756 (674 M), si sarebbe altrimenti spiegato, ed avrebbe compilato conseguentemente il nostro articolo. E in vero se i figli naturali di un figlio naturale potessero succedere al loro avo per eccezione all' articolo 756 (674 M), quali sono dunque i figli naturali che nol potrebbero e resterebbero compresi sotto la regola di questo articolo? Forse i figli naturali di un figlio legittimo? Sicuramente il risultato sarebbe strano, e, come confessa Duranton, straordinario. Ma questo *risultato* appunto perchè straordinario non può inferirsi dal silenzio del consiglio sulle strane idee di Berlier e Cambacérés. Da altra parte, secondo le idee di costoro, i figli naturali del figlio naturale non avrebbero dovuto prendere che una parte del contingente di quello; ora l'articolo nostro non fa parola che dei discendenti che posson pretendere tutti i dritti stabiliti per questo figlio naturale; dunque se il consiglio avesse accolto la loro idea, *doverasi l'* articolo correggere.

Ma non essendosi proposta alcuna emenda, la quistione è perciò decisa. In ultimo l'articolo essendosi adottato e sottoposto al corpo legislativo senza formalmente derogare all'art. 756 (674 M), ne consegue che sia stato decretato nel senso che offriva combinato coll'art. 756 (674 M), e in questo senso deve regolarci come legge (1).

II. — 159. Solo *nel caso di premorienza del figlio naturale* i discendenti legittimi possono succedere all' avo loro; non per propria ragione, ma per rappresentazione. Vazeille ammette come tutti gli altri questo principio; e pure nega una conseguenza immediata ed evidente, insegnando (n. 2) contro Chabot (n. 4) e Dalloz *(loc. cit.)* che se l' avo non lascia alcun parente abile a succedere, i figli legittimi del figlio naturale ancora vivente, e che sarebbe rinunziante o indegno, potranno raccogliere la successione, ad esclusione dello Stato ed anche del conjuge del defunto.

È questo un palpabile errore che non si comprende quando si è fermato il principio, per altro irrepugnabile, adottato da Vazeille. In fatti non si può succedere che: 1° per propria ragione; 2° o colla rappresentazione; ora Vazeille riconosce con noi, che questi figli non possono venir mai per dritto proprio, *jure proprio;* d'altra parte, supponendo il loro padre vivente, non possono essi rappresentarlo; come vengono dunque?... — Vazeille si appoggia ad un argomento che forma apertamente un cerchio vizioso; gli art. 767 e 768 (683 e 684) chiamano il conjuge e lo Stato in mancanza di parenti e *di figli naturali;* ora in questa espressione ultima comprendonsi i discendenti legittimi del figlio naturale.... Sì, se vengono con la rappresentazione; nò, se vengono per propria ragione, dacchè allora essi non sono successori. In breve, gli art. 767 e 768 (683 e 684) chiamano il conjuge e lo Stato dopo tutti gli altri successori; ora il discendente del figlio naturale non è successore, che colla rappresentazione, imperocchè « non si può, trascriviamo le parole di Vazeille, estendere a lui il vantaggio della chiamata diretta, ed egli non è mai ammesso *jure suo* ».

760 (676). — Il figlio naturale od i suoi discendenti sono tenuti ad imputare nella

(1) *Conf.* Chabot (n. 1); Toullier (IV-259); Loyseau p. 615); Dalloz (cap. 4); Vazeille (n. 1); Poujol (n. 2).

porzione cui hanno diritto di pretendere tutto ciò che avessero ricevuto dal padre o dalla madre, la successione de' quali è aperta, e quel che sarebbe soggetto a collazione, secondo le regole stabilite alla sezione seconda del capo sesto del presente titolo.

SOMMARIO

I. Differenza fra la imputazione e la collazione.
II. La somma da imputare deve unirsi alla massa dei beni, onde valutare la parte del figlio naturale. Errore di Chabot e Poujol.
III. Non può esservi dispensa della imputazione. — Osservazione e rimando all'articolo 848 (767).

I. — 160. Tutti gli eredi che succedono, sono tenuti, come abbiamo detto, a conferire nella massa tutto ciò che abbiano ricevuto in dono dal defunto, a fin di dividerlo insieme co' loro coeredi. Or siccome l' articolo 843 (762) che impone quest'obbligo, parla solo di eredi, e la legge nega tal qualità ai figli naturali e loro discendenti, il nostro articolo impone a questi con una particolare disposizione, un obbligo analogo, dichiarando che su quello da prendere, dovrà essere imputato quello che han ricevuto.

Fra la collazione dovuta dagli eredi legittimi, e la imputazione cui van soggetti i successori irregolari, la differenza non è solo di nome. Così l'erede è alle volte tenuto di conferire in natura l' immobile ricevuto; e quando dalla collazione reale è dispensato, la fittizia si fa secondo il valore della cosa al tempo della apertura della successione (858, 860 (777. 779)); per lo incontro il successore irregolare che deve soltanto imputare quel che ha ricevuto su quello da prendere, non rimetterà la cosa in natura nella massa da dividere, ed imputerà quel che ha ricevuto cioè il valore che aveva al tempo che lo ha ricevuto. Per modo di esempio, se il defunto abbia donato nel 1830 ad uno dei suoi figli legittimi e ad un figlio naturale una casa, per ognuno, del valore di 20,000 franchi, le quali case si trovino aumentate di 5,000 franchi al tempo dell' apertura della successione; in questo caso, il figlio legittimo dovrà conferire in natura la cosa, o soffrire sulla sua parte una detrazione di 25,000 franchi ; al contrario il figlio naturale sulla sua appartenenza non dovrà prender di meno che 20,000 franchi, cioè il prezzo della casa nel giorno che l'ha ricevuto. Viceversa, avverrebbe lo stesso se il valore delle case fosse diminuito di 5 mila franchi.

La ragione di tal differenza è questa ; essendo in principio obbligato l' erede legittimo a conferire lo immobile stesso, conviene che ove ne abbia dispensa, ne paghi l'equivalente cioè il valore dello immobile al tempo che dovea conferirlo: al contrario non dovendo il figlio naturale conferir la cosa, ma soltanto dare una somma di... lo ammontare del suo debito trovasi stabilito al momento della donazione.

Altra differenza sorge dalla stessa causa ed è, che se l'immobile donato perisse prima della morte del donante, il figlio naturale dovrebbe sempre imputarne il valore che avea quando lo ricevette, mentre nello stesso caso, il figlio legittimo non sarebbe ad alcun obbligo tenuto, art. 855 (774). In vero mancando la cosa, l'erede legittimo tenuto a conferire all'apertura della successione è esonerato da tale obbligo ; per converso il figlio naturale che unicamente deve una somma di denaro, non modifica per nulla l' obbligo suo per la perdita dell'immobile.

In breve, il figlio naturale che riceve l' immobile senza alcun obbligo di conferirlo mai, è dunque irrevocabile proprietario; e quindi deve soffrire le tristi conseguenze di tal qualità, siccome ne ha i vantaggi.

160 *bis*. In tutto questo supponiamo es-

sere la cosa donata un immobile, perchè essendo danaro o altre cose mobili, sarebbe pari la condizione dello erede legittimo o del figlio naturale. Allora, difatti, lo erede stesso (art. 868 (787)) non si libera dell' obbligo suo che col prender di meno, e lo ammontare del suo debito si valuta sul valore delle cose donate al tempo della donazione; è una imputazione il suo preteso conferimento.

II. — 161. Ma bisognerebbe da' principi testè indicati non inferire la falsa idea, che ne traggono Chabot (n. 2) e Poujol (n. 1). « I beni donati al figlio naturale, dicono, sono irrevocabilmente usciti dal patrimonio del padre, e non debbono rientrarvi; dunque non si possono contare nella massa su cui dee valutarsi la parte di lui. Così essendovi un figlio legittimo, ed uno naturale che abbia ricevuto 1,200 franchi, ed essendosi dal defunto lasciato in tutto la somma di 12,000 franchi: il figlio naturale, dicono essi autori, avendo dritto ad un sesto sopra i 12,000 franchi, avrà dunque 2,000 franchi, ed avendone ricevuto 1,200, non dovrà altro riceverne che 800». È questo un errore; perchè se il figlio rispetto alla eredità è debitore della somma di 1,200 franchi, la eredità comprende realmente 13,000 franchi, ed il sesto di lui valutato su questa somma sarebbe di 2,200 franchi, dunque altri 1,000 franchi dovrebbero spettargli.

III. — 162. La fine del nostro articolo dice, che s'imputerà ciò che sarebbe soggetto a collazione, conforme gli articoli 843 e seguenti (762 e seguenti). Però non bisogna pigliare alla lettera questa proposizione, perchè, secondo questi articoli, le cose donate con dispensa di collazione, o a titolo di precapienza, o con tali circostanze da indicare una tacita dispensa, non sono soggette a collazione rispetto allo erede legittimo, ma le cose in tal modo donate al figlio naturale, dovrebbero essere imputate. Il figlio naturale in fatti, non può mai ritenere un dono, e insieme prender la sua parte della eredità, dichiarandolo l'articolo 908 (824) incapace di ricevere alcuna cosa, oltre quello che è stabilito dall' articolo 757 (674 M). Non può dunque dispensarsi la imputazione come si può la collazione. — Se all'incontro, la liberazione dell'obbligo di conferire, deriva non dall-i dispensa di collazione, ma da circostanze che non facciano riguardare come liberalità i vantaggi ricevuti dal figlio, in tal caso non esisterebbe più nè l' obbligo di imputare, nè quello di conferire. Ciò avverrebbe nei casi degli art. 852, 853 e 854 (771, 772 e 773).

Osserviamo ultimamente, che la imputazione imposta ai discendenti del figlio naturale (i quali non potendo altrimenti succedono per rappresentazione), non è solo pei doni ricevuti dal figlio che rappresentano, ma anche per quelli che abbiano essi medesimi ricevuto. Il che riesce indubitato secondo i termini del presente articolo: « Il figlio naturale o i suoi discendenti sono tenuti ad imputare... tutto ciò che *avessero ricevuto*. » Su questa idea ritorneremo nella spiegazione dell'art. 847 (767).

761 (T). — È ad essi proibito qualunque reclamo, quando durante la vita del loro padre o madre, abbiano ricevuto la metà di quanto è ai medesimi figli assegnato negli articoli precedenti, coll'espressa dichiarazione per parte degli stessi genitori, che sia loro intenzione di limitare la porzione del figlio naturale a quella soltanto che gli hanno dato.

Nel caso in cui questa porzione, fosse inferiore alla metà di ciò che dovrebbe ricevere il figlio naturale, questi non potrà reclamare che il supplimento necessario a compire questa metà.*

* Questo articolo 761 che ha dato origine a tante difficoltà e quistioni, è stato tolto via dalle nostre leggi civili. Imperciocchè la riduzione della quota ereditaria del figlio naturale che deve da lui essere consentita, non è alla fine che una rinunzia ad una successione non per anco aperta. Oltre di che il concedere ai padri la facoltà di menomare i dritti dei figli naturali era cosa iniqua, e veniva in urto ai provvedimenti umani, che il nostro legislatore stabiliva intorno alla loro successione.

SOMMARIO

I. Il figlio può avere ridotta alla metà la sua parte ordinaria, non la sua legittima. Errore di Grenier e Toullier (riconosciuto da Duvergier).

II. Questa riduzione non può aver luogo che col consentimento del figlio. Errore di Toullier (riconosciuto da Duvergier), di Duranton di Pont e della giurisprudenza.

III. Conseguenza di questa regola armonizzata cogli articoli 791, 1130 (708, 1084).

IV. La donazione fatta col fine della riduzione non produrrebbe il suo effetto, se il defunto non lasciasse eredi legittimi. Errore di Delvincourt.

I. — **163.** Nel reciproco interesse degli eredi legittimi e del figlio naturale, la legge permette al padre di rimuovere quest' ultimo dalla sua successione, dandogli durante sua vita una parte di quanto avrebbe potuto prenderne. In questo modo agli eredi legittimi ritogliesi pochissima parte di beni, ed il figlio naturale ottenendo in vita dal padre quei beni che alla morte di lui avrebbe conseguito, ha il gran vantaggio di trarne immediato guadagno per formarsi uno stato. Questo mezzo, d'altra parte, avrà per naturalissimo risultato di sminuire, se non di estinguere, gli odî che contro agli infelici bastardi soglion gli eredi nutrire.

Se non che la legge pone varie condizioni allo esercizio di tal facoltà.

Bisogna in primo luogo, che ciò che si è dato al figlio naturale, non sia minore della metà di quel che egli avrebbe avuto nella eredità; secondariamente, che egli l'abbia ricevuto durante la vita del padre.

E dapprima l'oggetto donato dev'essere almeno la metà della porzione legale del figlio. Nonpertanto, non essendo facile la esatta valutazione di questa metà, il figlio che avrebbe ricevuto di meno, non potrebbe al tempo dell' apertura della successione, far dichiarare nullo e come non avvenuto il partito preso per lui, e pretendere la intera sua quota, come se nulla si fosse fatto (salvo l' imputazione di quel che avrebbe ricevuto); egli solamente potrebbe reclamare il supplimento necessario per compiere la metà. È formale sul proposito il secondo paragrafo del nostro articolo. Se, e in quali casi potrebbe pronunziarsi lo annullamento di una donazione fatta, essendo troppo poca la cosa donata, sarà esaminato nel seguente numero; ma prima dobbiamo togliere una difficoltà che ci si para davanti.

164. Nella spiegazione degli art. 913 e 914 (829 e 830) del titolo seguente vedremo, che il figlio naturale ha una legittima, che è sempre una parte di quella che godrebbe se fosse legittimo, e quindi non può mai esser ridotto a nulla avere dei beni del padre e della madre. Ora si è domandato, se la parte di lui possa ridursi col mezzo dato dal nostro articolo, alla metà di questa legittima o solo alla metà della sua quota ordinaria. Così con due figli legittimi ed uno naturale, ed un patrimonio di 100.000 franchi, essendo la parte del figlio naturale il terzo di 40,000 franchi, ossia 13,333, permette forse il nostro articolo che si riduca a 6,666 franchi? ovvero, essendosi potuto ridurre la porzione di lui se fosse stato legittimo, ad una legittima del quarto cioè a 30,000 franchi, e potendo quindi esserlo, essendo figlio naturale, al terzo di questi 30,000, cioè a 10,000, il nostro articolo permette di assottigliarsi la porzione alla metà di questi 10,000 franchi?... Toullier (IV. 262) e Grenier (Donaz., II, 674) adottano quest'ultimo avviso, ma noi non potendo metterci dalla loro, pensiamo con Duranton (VI 304) e Vazeille (n. 6) che il padre non può fare concorrere così le due cause di riduzione, parendoci contrario a siffatta idea lo spirito, non che il testo della legge.

Regole ben severe contro al figlio naturale, favorevoli ai figli legittimi son quelle, che permettono di ridurre la parte di quello sopra una eredità di 120,000 fr. a 10,000 da prendere alla morte del padre, o a 6,666, che può ricevere fra vivi; nè possiamo cre-

dere che il legislatore, abbia voluto che tali due riduzioni si potessero successivamente applicare per menomare sempreppiù quest'ultima somma. In vero, il testo del nostro articolo vuole, che il figlio abbia la metà di quello che gli è attribuito dai *precedenti articoli*. È vero che poi il legislatore coll'articolo 913 (829) permette un altro mezzo di riduzione generale, comune ai figli naturali e agli eredi legittimi. Che segue da *ciò?* che il padre il quale ha un sol mezzo di menomare i dritti ordinari di un figlio legittimo, può scegliere infra due per menomare quelli del figlio naturale; ma nè in questo nè nel titolo seguente nulla autorizza ad impiegare in pari tempo i due mezzi. Vuole egli ridurre la sua porzione senza nulla dargli prima della sua morte? ponga in effetto l'art. 913 (829). Vuole ridurla ad una somma minore, facendo un sagrificio durante sua vita? invochi l'art. 765 (680); ma non può andarsi più in là. Difatti l'articolo non dice che il figlio potrà non avere che la metà di quella porzione che dovrebbe conseguire alla morte, ma la metà della porzione ordinaria indicata dai precedenti articoli.

Qui del resto Duvergier si dichiara formalmente, e riconosce ingenuamente l' errore di Toullier. « Evidentemente egli si inganna, dice, i due modi di ridurre non possono aver luogo nel medesimo tempo ».

II.—165. Ora bisogna che il figlio *abbia ricevuto*, vivente il padre, la metà a cui si vuol ridurre; che la condizione formalmente dichiarata dal padre, che la parte del figlio sarebbe ridotta a metà, sia stata volontariamente dal figlio accettata, il quale ha dovuto esaminare, se il dono gli fosse tanto vantaggioso quanto quello che potrebbe avere alla morte. Parecchi autori e decisioni decidono il contrario (1); ma inesatta è la loro dottrina, e facilmente confutabili ne sono gli argomenti.

Dapprima, s' invoca la grande severità del Codice verso i figli bastardi, per inferirne che il legislatore ha dovuto permettere contro loro il modo di riduzione da noi rigettato; se non che questo primo argomento è una petizione di principî, nè si può trarre dal preteso grado di severità della legge, quando appunto di questo si tratta.—Aggiungesi, che il dritto di ridurre così la porzione del figlio, senza suo consentimento, ad una pochissima parte, è natural conseguenza della facoltà che ha il padre di ridurlo a nulla, non riconoscendolo; questa idea è del tutto falsa. Invero, da una parte il padre, se fosse vera quell' idea dovrebbe esser libero di ridurre la parte del figlio al terzo al quarto; ma la legge gli vieta di ridurla a meno di metà. D' altra parte, la facoltà di rimuovere interamente il figlio, ove non si riconosca, non è della madre (potendosi dal figlio far chiarire in giudizio la maternità); ma il nostro articolo mette in pari condizione il padre e la madre. — S' invocano ancora i lavori preparatori del Codice, nei quali fu detto che la facoltà stabilita nel nostro articolo, sarebbe un mezzo da tenere in dovere i figli. Se non che queste parole, spiegano anche la necessità di ottenere il consentimento del figlio, dacchè il bisogno che egli ha di ricevere qualche somma di danaro onde crearsi un avvenire, lo determinerà facilmente a sottoporsi alla riduzione, e in questa guisa i suoi parenti avranno il mezzo di tenerlo in freno, minacciandolo gli darebbero sotto questa riduzione quel che gli darebbero senza di essa, essendo contenti di lui. Nè il significato della frase può essere diverso, essendo stato autore del rapporto Chabot che è di quelli che professano al pari di noi la necessità del consentimento del figlio (Fenet, XII, 194).

E pertanto la ragion di decidere è che l'assegnazione al figlio, vivente il suo autore, di una parte della di costui eredità, non può farsi che con una donazione fra vivi, la quale non può esser compiuta se non se con l' accettazione. Invano tenterebbesi dire, che l' atto potrebbe riguardarsi come un testamento anticipato nella sua esecu-

(1) Toullier (IV-226), Duranton (VI-330), Pont Rivista di legislazione, 1846, I, p. 88); Rig., 2 aprile 1835; Tolosa, 29 aprile 1845 (Dev., 25, 1, 243, 45, 2, 49).

zione. È abbastanza chiaro, che essendo il testamento l'atto con cui alcuno dispone, per il tempo in cui non sarà più, ed essendo sempre revocabile a volontà, quell' atto per cui il disponente si spoglia di presente e irrevocabilmente, è una donazione fra vivi.

Più, Toullier non altrimenti sa sostenere il suo argomento, che dicendo, nel caso di rifiuto potrebbesi ottenere una sentenza che ordini il dono doversi tenere per accettato! Una sentenza la quale dichiari che una donazione è sufficientemente accettata, stante il rifiuto del donatario, è certamente curiosa, ma noi non vediamo come potrebbe ciò esser legale, e ci pare quindi indispensabile il concorso volontario del figlio (1).

III. — 166. E poichè tal riduzione non può avere effetto, che col reciproco consenso dell'autore e del figlio, evvi in ciò una convenzione, un mercato sopra una successione non per anco aperta, una rinunzia per parte del figlio alla successione di una persona ancora vivente. Or le rinunzie e le stipulazioni di tal fatta, essendo in principio proibite dagli art. 791 e 1130 (708 e 1084), ne conseguita, che il nostro art. 761 (T), fa eccezione alla regola di questi articoli, e che andando più in là di quello che egli permette, si cadrebbe sotto il generale divieto. Dunque se la donazione non attribuisse al figlio la metà di quello a cui ha dritto secondo gli articoli 757, 758 (674 M), sarebbe del tutto nullo il consentimento che egli avrebbe formalmente dato, di non reclamare il supplemento della sua metà, il quale potrebbe parimente esser da lui domandato alla morte del donante.

Ma se il figlio accettando meno della metà, non avesse rinunziato al suo supplemento, la donazione sortirebbe necessariamente il suo effetto per quanto modica fosse la cosa ricevuta? Non lo crediamo; il dono bisogna che sia di una parte considerevole della metà che deve darsi. Sicchè quando il figlio deve avere 12,000 franchi nella successione, non basterebbe per ridurne la parte a 6,000, donargli 100 scudi con prender poi alla morte 5,700 fr. Vanamente si vorrebbe ciò inferire dal consentimento del figlio; imperocchè egli non può validamente consentire a ciò che non è permesso dal presente articolo, il quale senza dubbio nello spirito, non meno che nel testo, intende parlare dei doni di qualche momento. — Potrebbero adunque i tribunali, secondo le circostanze, giudicare, che la donazione fosse troppo scarsa, e che il figlio può prendere la sua intera parte nella eredità imputando la cosa donata.

IV. — 167. Si è domandato, se la donazione che faccia riduzione alla metà produrrebbe parimente i suoi effetti, quando il padre (o la madre) morissero senza alcuno erede legittimo... Così se l'autore, dopo fatta tal riduzione ha veduto morire tutti i suoi parenti, il figlio naturale prenderà la totalità della successione in forza dell' art. 758 (674 M) senza che il coniuge del defunto o lo Stato possano reclamare la metà. Lo scopo del nostro articolo è noto, dacchè è stato abbastanza spiegato nel consiglio di Stato e nel corpo legislativo; altronde da se stesso s' indovina. La riduzione è permessa nello interesse della famiglia legittima, non può dunque produrre effetto, se la famiglia non l'invochi.

Ed avverrebbe così posto anche che la donazione portante riduzione fosse stata fatta ed accettata nel punto in cui l'autore non avea più parenti; sarebbe nulla la clausola di riduzione e il figlio prenderebbe sempre tutti i beni. Direbbesi invano, che lo autore abbia voluto certamente ridurre la porzione del figlio ad una metà, per dar l'altra al conjuge o allo Stato, e che egli avea dritto di così fare. Si, senza dubbio aveva il dritto di volerlo; bisognava però che dichiarasse la sua volontà nelle forme legali, cioè che facesse testamento, per legare la metà delle sue sostanze al coniuge (od anche allo

(1) *Conf.* Maleville, Chabot (n. 3), Grenier (II-676); Favard (*Succ.*) Malpel (n. 163); Vazeille (n. 2); Demante (*Prog.*, II-80); Poujol (n. 9); Zachariae (IV, p. 315); Duvergier (*sopra Toullier*).

Stato se tal ne fosse il capriccio). Ma egli non ha potuto nelle presenti circostanze, sottrarre questa metà al figlio con una convenzione con lui fatta dacchè è nulla in principio la rinunzia di una persona a tutta, o a parte di una successione non ancora aperta, nè evvi eccezione nel nostro articolo, che in quanto la rinunzia giovi alla famiglia legittima.

Delvincourt cade dunque in errore, *pensando* (senza addurne i motivi) che la clausola di riduzione sarebbe inefficace per lo Stato, ma valida pel coniuge. Essa sarebbe nulla per l'uno e per l'altro, come benissimo ha detto Vazeille (n. 12).

762 (678). — Le disposizioni degli *articoli* **757** , **758** (**674 M**) non sono applicabili ai figli adulterini od incestuosi.

La legge non accorda loro che i soli alimenti.

SOMMARIO

I. Non si applica il nostro articolo se non quando la filiazione adulterina o incestuosa è nota per la forza delle cose, non potendo mai invocarsi il riconoscimento che ne sarebbe fatto. Rimando all' articolo 335 (258). Errore di Merlin, Toullier, Delvincourt e Vazeille.

II. Quando la liberalità fatta ad un figlio contiene nel medesimo atto il riconoscimento del beneficiato, come figlio adulterino od incestuoso del disponente, la liberalità non può per questo annullarsi, come fondata sopra una causa illecita. Errore della Corte di cassazione.

I. — **168**. La legge ha pietà dei figli, la cui nascita è dovuta a debolezza umana, ma non dovea mettere in uguale condizione i figli che son frutto di un delitto. I figli che nascono da un incesto o un adulterio, sono dunque rimossi da ogni partecipazione alla eredità dei loro autori, potendo solo reclamare da quelli che la eredità raccolgono gli alimenti in proporzione ai loro bisogni e ai beni ereditari.

Ma per potere applicare il nostro articolo, e rimuovere come adulterino o incestuoso il figlio che viene ad una successione, bisogna che per tale sia legalmente conosciuto. Non vedesi a prima giunta come il riconoscimento legale di tal qualità può acquistarsi contro agli articoli 335 e 342 (258 e 265) i quali proscrivono qualunque volontario riconoscimento e qualunque ricerca giudiziaria di simigliante filiazione. Sotto l' articolo 335 (258) dando la soluzione di tal difficoltà, ed abbiamo veduto che dal riconoscimento in fuori, vi hanno parecchie circostanze, nelle quali la filiazione adulterina o incestuosa sarà legalmente provata, per la forza stessa delle cose. Allora, ma allora soltanto i successori del defunto, quali essi sieno, potranno rimuovere un figlio dalla successione, conforme al nostro articolo, ed egli reciprocamente potrà invocarlo per domandare gli alimenti.

169. Abbiamo ancora nello stesso luogo confutato la dottrina di quelli, i quali insegnano, che non ostante il principio che li vieta, siffatti riconoscimenti, ove in fatto avvengano , possano essere invocati in pro o contro del figlio. Gli argomenti addotti riescono sempre ad accettare come efficaci i riconoscimenti dei figli adulterini o incestuosi; ma non ammettendoli l'articolo 335 (258), siffatto sistema, che che s'immagini in suo sostegno, troverà in quello la sua condanna. Così la nostra dottrina professata dal più degli scrittori, è ammessa dalla giurisprudenza di quasi tutte le Corti di appello, e massime della Corte di cassazione , la quale ha profferito in questo senso molte decisioni nel corso di più di venticinque anni.

169 *bis*. Pure Vazeille, che fu l'ultimo scrittore nella contraria sentenza, sperava ancora, che la Corte di cassazione avesse mutato giurisprudenza : « Essa è rivenuta da più lontano » scriveva prima del **1832**,

e poi diceva nel 1837: « una decisione di rigetto dei 4 gennaro 1842 ha infine risposto alla nostra aspettativa ».

Era una falsa gioia; Vazeille aveva mal compreso quella decisione, e la Corte suprema ha proseguito a giudicare, che qualunque riconoscimento di figli adulterini o incestuosi, è assolutamente nullo e non può partorire alcuno effetto, sia per rimuoverli da una successione in forza del presente articolo, sia per annullare in forza dello articolo 908 (824) le liberalità stategli fatte. Gli è vero che la Corte di cassazione con la decisione del 1832, ed anche dopo, ha annullato le liberalità fatte ai figli adulterini o incestuosi, ma non ha impugnato il principio da noi qui difeso, ed ha segnato una via novella che noi valuteremo nel numero seguente.

La Corte, bene a ragione indegnata della stomachevole impudenza di coloro, che annunziano la loro colpevole paternità *nell'atto stesso di liberalità*, ha cercato e creduto trovare un modo legale onde annullare sì scandalosi atti, senza violare lo art. 335 (258). Essa ha detto, che in fatto la indicazione della paternità (o della maternità) adulterina o incestuosa, scritta nell'atto stesso di liberalità, valeva lo stesso che dire: « Io do e lego a tal persona, perchè è mio figlio adulterino o incestuóso », che quindi il fatto, vero o falso, asserito dal disponente, di una criminosa filiazione, era dichiarato da lui come la causa della sua disposizione; e per conseguenza, conforme agli art. 1131 e 1133 (1085 e 1087) essere nulla quella disposizione che avea per oggetto una causa illecita. La disamina di tre decisioni, del 1832, 1840 e 1841 fa comprendere pienamente il sistema della Corte suprema, e l' errore di Vazeille, il quale ha creduto che quella del 1832 ammettesse la validità del riconoscimento, o per annullare le liberalità o per rimuovere dalla successione. La Corte di cassazione in quelle decisioni, e in molte altre profferite dopo, sostiene con molta energia essere impossibile il riconoscimento; intervenuto in fatto non esistere in dritto; ed unicamente perchè vien data alla liberalità una causa illecita, essa annulla le donazioni quando dall'atto stesso è indicata la filiazione (1).

II. — 170. Ma è legale questo novello modo di annullamento? Ed osservando il principio dell'art. 335 (258) osservasi parimente il senso dell'art. 1131 (1085)? Lo vorremmo di cuore; ma nol crediamo. Lo vorremmo indegnati che siamo al pari della Corte suprema del cinismo di quegli uomini, che fan vanto di loro immoralità, per fino nell' atto stesso con cui son larghi verso il frutto del loro delitto; e crediamo che questi uomini bruti e senza cuore, bisognerebbe colpirli nell'unico loro movente che è il danaro. Ma, secondo noi, la legge ciò non permette; e il sistema della Corte di cassazione fondasi sopra una falsa interpetrazione dell'art. 1131 (1085), *il quale* colle parole *causa di un'obbligazione,* non intende quel che dalle riferite decisioni si suppone.

Per *cause* di obbligazione non si intendono i loro principi motori, quali sono i contratti, i quasi-contratti, i delitti, i quasi-delitti, e la legge; perchè in questo senso qualunque obbligazione ne avrebbe una, sebbene la causa di cui intende la legge nell' art. 1131 (1085) esiste per quello obbligazioni che ognuno da se s'impone. Inoltre, questo art. 1131 (1085) che dichiara non produttiva di alcun effetto l' obbligazione sopra una causa falsa o illecita è scritto nel titolo delle obbligazioni convenzionali. — La causa dell' obbligazione volontaria è *il motivo immediato* determinante la persona ad imporsi l' obbligazione; ogni altro motivo più remoto, e che è anche causa di quello, non è più la *causa dell' obbligazione* nè deve tenersi in conto. Questo motivo, senza dubbio, è pure il motivo, la causa dell' obbligazione, ma mediata, causa della *causa;* ma della causa immediata soltanto parla l'art. 1131 (1085).

Togliamo qualche esempio. In un con-

(1) Devill., 1832, 1, 145; 1841, 1, 117; 1841, 1, 140; 1846, 1, 721; 1847, 1, 30; 1847, 1, 562.

tratto di vendita obbligandomi a consegnarvi la mia casa in proprietà, mercè la somma di 30,000 franchi che voi dovete pagarmi, il motivo immediato determinante ad obbligarmi al rilascio della mia casa, è il desiderio dei 30,000 franchi che mi promettete. Or bene, la è questa la causa della mia obbligazione: quindi. perchè mi sono io obbligato? per aver 30,000 franchi. Ma perchè li ho voluto? non monta saperlo; la risposta a questo secondo perchè indicherebbe la causa della causa cioè quella mediata e primitiva di cui non si tratta. Così non importa sapere se io abbia voluto i 30,000 franchi per costituirmi una rendita di 1.500 franchi, mentre prima ne avea soli 800, o per farne elemosina ai poveri, o per comprare la infamia di un uomo che mercè quella somma si toglie il carico di assassinare il mio nemico; non avendo nulla d'illecito la causa della mia obbligazione cioè il suo motivo immediato, quella obbligazione è valida quantunque immorale possa essere il motivo primo determinante, la causa mediata della convenzione fatta.—Viceversa, la vostra *obbligazione* di pagarmi 30,000 franchi *ha per* causa il rilascio dell' immobile a cui verso di voi son tenuto. E perchè vi siete obbligato a pagarmeli? per avere la casa. Ma perchè volevate averla? non monta conoscerlo. Esaminando ciò che avviene nei contratti sinallagmatici (cioè quelli in cui avvi da una parte e dall' altra corrispettività di obblighi) scorgesi sempre la causa di una obbligazione essere in ciò che forma *l' oggetto* dell' altra.

171. Tutti son concordi intorno a tali idee, e tutti egualmente ammettono che negli atti di liberalità la causa della obbligazione cui il disponente soggettasi è nella volontà di far bene al beneficato. Così, perchè ho io fatto una donazione fra vivi o un legato in pro di Maria? perchè ho voluto arricchirla e compiere verso di lei un atto generoso; ecco la causa della mia obbligazione, il suo principio immediato. Ma perchè ho voluto arricchirla? poco importa saperlo: o perchè ella mi ha lungamente servito con fedeltà, o perchè è stata la mia concubina, o perchè è mia nipote ovvero mia figlia adulterina: queste cose non occorre indagare stantechè la causa della obbligazione non è in questo secondo motivo (1).

La Corte di cassazione chiamando qui *causa della obbligazione* il motivo primo e immediato, mentre questo nome si dà soltanto al motivo ultimo ed immediato, ha fatto una falsa applicazione dell' articolo 1131 (1085). La sua dottrina per altro era stata già esposta da Merlin (*Filiazione*, n. XX) e lo stesso Vazeille confessa che non sia da ammettersi. « Merlin, egli dice, ha fatto uso dei mezzi di causa falsa o illecita, che han dato appicco alla critica, e sono difatti senza valore, se il riconoscimento deve riputarsi come non avvenuto. Dichiarando non esservi prova di paternità il donante e il donatario si considerano stranieri l'uno all'altro; e trovando la donazione *determinata dallo affetto* non ci è bisogno di verificare la causa di quel sentimento ». Vazeille ha ben veduto che l'affetto è il motivo determinante, la causa della donazione, e per conseguenza ricercare la *causa di questo sentimento* importerebbe considerare la *causa della causa* dell'obbligazione.

Bisogna dunque riconoscere che la sola pena inflitta dalla legge agli autori dei figli adulterini o incestuosi è, come noi dicemmo sotto l'art. 335 (258), di non poterli legalmente chiamare loro figli; di tener sempre come non avvenuto in dritto il riconoscimento, in fatto, della filiazione di questi figli; d'impedire con energia ogni legale pubblicità di siffatte vergognose parentele, cancellando ogni riconoscimento che può essere stato fatto. Questo evidentemente è il sistema moralissimo adottato dal Codice ; e si violerebbe la legge di uno o di altro modo se si volesse colpire nella molla del denaro da quel solo caso

(1) Merlin (*Quest. cause di obbligazione*); Toullier (VI-167); Delvincourt (t. II); Duranton (X-326); Zachariae (II, p. 474).

in fuori in cui la filiazione si trova nota giudizialmente per la forza stessa delle cose (1).

763 (679).—Questi alimenti sono regolati a norma delle facoltà del padre o della madre, del numero e della qualità degli eredi legittimi.

172. Questo articolo indica non esattamente una regola che sarebbesi di leggieri indovinata. Infatti per determinare gli alimenti dovuti ai figli adulterini o incestuosi, si avrà pure e innanzi tutto, riguardo ai loro bisogni; nè solo si terrà conto del numero e della qualità degli eredi *legittimi*, ma anche degli eredi imperfetti o successori irregolari. Onde la somma degli alimenti dovrà essere maggiore se un solo figlio legittimo vi fosse anzichè tre o quattro; se ascendenti o fratelli o sorelle anzichè figli, ed ancor maggiore se semplici collaterali anzichè ascendenti o collaterali privilegiati: e parimente se figli naturali anzichè eredi legittimi vi fossero, se un conjuge anzichè figli naturali; se lo Stato anzichè il conjuge. Il nostro articolo adunque dovrebbe dire che « gli alimenti saranno regolati avuto riguardo ai bisogni del figlio alle facoltà della successione, al numero e alle qualità dei successori ».

Dovendo gli alimenti proporzionarsi ai bisogni del figlio, è di certo nulla essergli dovuto se per qualunque siasi causa egli non ne abbia bisogno.

764 (679).—Quando il padre o la madre del figlio adulterino od incestuoso gli avranno fatto imparare un' arte meccanica, o quando uno di essi gli avrà, mentre viveva, assicurato gli alimenti, il figlio non potrà proporre alcuna pretesa contro la eredità.

173. Il figlio che non ne abbisogna non ha, come abbiam detto, alcun dritto agli alimenti, conforme l'art. 208 (198) che dice (non importa se per altro caso) doversi gli alimenti accordare in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle sostanze di chi deve somministrarli. Adunque se uno dei genitori avrà fatto apprendere al figlio un' arte meccanica, o (sebbene nol dica la legge) gli avrà dato uno stabilimento commerciale o una liberale professione da provvedere ai suoi bisogni, o in qualunque modo gli avrà assicurato gli alimenti; in questi varî casi il figlio nulla potrà pretendere contro la successione nè del padre nè della madre. Sarebbe lo stesso se da altra persona si fosse al figlio dato un qualunque stato o altro mezzo di sostentamento, non potendo ad alcuno domandare alimenti il figlio che non ne abbisogna. Se al contrario lo stato o i mezzi di sostentamento che gli abbiano procurato vengano meno o non bastino ai suoi bisogni, egli senza dubbio avrà dritto agli alimenti.

Il nostro articolo compilato in modo troppo stringato e che manifesta un sol lato dell'idea, avrebbe dunque dovuto essere surrogato da questa generale e semplice proposizione: il figlio non potrà pretendere gli alimenti se per qualunque causa non ne abbia bisogno.

§ 2. — *Della successione de' figli naturali.*

765 (680 M).—L'eredità del figlio naturale morto senza prole è devoluta al padre od alla madre che l'avrà riconosciuto, ovvero per metà a ciascuno di essi quando sia stato riconosciuto da entrambi.*

(1) Devilleneuve in una lunga e bella annotazione della decisione del 1846 aderisce pienamente alle nostre idee (Dev., 1846, 1, 723-725).

* L'articolo 680 è così espresso: L'eredità del

SOMMARIO

I. La eredità del figlio naturale passa prima ai suoi discendenti legittimi o naturali, secondo le regole comuni. Grave errore di Duranton.

II. In mancanza di discendenti deferiscesi al padre e alla madre conforme al nostro articolo. Osservazioni e rimandi.

I.—174. Alla eredità lasciata da un bastardo, i primi successori di cui parla la legge sono, il padre e la madre legalmente conosciuti. Ma costoro non sono i più favorevoli; devono innanzi a loro venire i figli del defunto; quindi il nostro articolo chiama il padre e la madre quando il defunto fosse morto *senza prole*. Esso incomincia da loro, perchè i discendenti erano stati già chiamati dalle precedenti disposizioni degli articoli 745, 757 e 758 (667 e 664 M) e non v'era da aggiungere nulla di nuovo.

Difatti, se il figlio naturale lasci morendo figli legittimi concepiti durante il matrimonio, questi sono eredi propriamente detti, ai quali è profittevole la disposizione dell' articolo 745 (667) come se il loro padre fosse stato legittimo; imperocchè *la illegittimità* del padre non rende essi *illegittimi*. Dunque questi figli o i loro discendenti legittimi, se quelli fossero premorti, succederebbero o per dritto proprio o colla rappresentazione, e secondo tutte le regole più sopra spiegate pe' discendenti legittimi.

Se in cambio di discendenti legittimi, il defunto lasci figli naturali, non potendo egli avere alcuno erede legittimo, stante la sua illegittimità (dacchè un illegittimo non può avere per parenti legittimi che i soli discendenti); ne conseguita che questi figli naturali raccoglierebbero tutta la eredità, conforme all'art. 758 (674 M) che chiama il figlio naturale a tutti i beni, quando il padre non lascia parenti legittimi in grado successibili.

È strano che Duranton non avendo ciò compreso abbia potuto insegnare, (VI, 336) che i figli naturali del defunto, trovandosi in concorrenza del padre o della madre naturale di quello, avranno solo una metà in forza dell' art. 757 (674 M).

È chiaro come la luce del giorno che l'art. 757 (674 M) il quale accorda ai figli naturali una metà, un terzo o tre quarti, secondo che concorrano: 1° coi discendenti, 2° cogli ascendenti o coi collaterali privilegiati, 3° coi collaterali ordinari, non parli che di discendenti, ascendenti, o collaterali *legittimi*. Or dacchè il defunto, essendo illegittimo, non può avere ascendente o collaterale legittimo, e, per ipotesi, nemmeno discendenti legittimi, i suoi figli naturali avranno senza dubbio tutta la eredità. L' art. 758 (674 M) toglie sul proposito ogni dubitazione (1).

175. Che se il defunto ha lasciato in pari tempo discendenti legittimi e figli naturali, questi prenderanno, come di ordinario, il terzo di quello che avrebbero avuto se fossero stati legittimi.

176. Abbiamo detto, che i figli legittimi di un figlio legittimo del defunto bastardo succederebbero a costui; aggiungiamo che gli succederebbero pure i figli legittimi di un figlio naturale del defunto, i quali sono chiamati dallo articolo 759 (675); con questa sola differenza, che i primi potrebbero, secondo i casi, succedere, ora per rappresentazione, ora per proprio dritto, mentre i secondi solamente colla rappresen-

figlio naturale morto senza prole si deferirà alla madre ed al padre, qualora questi lo abbia riconosciuto ». Di che è chiaro che da noi il riconoscimento è richiesto pel solo padre, e non mai per la madre, essendo per legge ammessa la prova della maternità.

(1) Maleville, Chabot (n. 3); Toullier (IV-269-20); Delvincourt (t, II); Poujol (n. 1); Dalloz (cap. 4); Vazeille (n. 3); Demante (*Pr.*, II-84) Malpel (n. 164); questi due ultimi soli per altro pare che abbiano colto la vera ragione di decidere.

tazione del loro padre predefunto, siccome osservammo sotto l'art. 759 (675).

Ma i figli naturali di un figlio (naturale o legittimo) del defunto, non potranno mai succedere a lui; opponendovisi l'articolo 756 (674 M) dichiarante che i figli naturali, quale che sia la qualità del loro padre, madre ed altri ascendenti, non hanno alcun dritto sui beni dei parenti dei loro genitori.

177. Come si vede, la eredità lasciata da un bastardo si regola in tutti i punti come quella di un legittimo, quando passa a discendenti. E così dovea essere; imperocchè la illegittimità del defunto non muta nulla alla qualità dei suoi discendenti; or per determinare i dritti dei successori bisogna aver riguardo alla loro, non alla qualità del defunto. Se la successione dell'illegittimo presenta nuove regole passando a parenti che non sieno discendenti, non si attribuisca ciò alla illegittimità del defunto, bensì all'essere questi altri parenti essi stessi necessariamente semplici parenti naturali. Ciò spiega perchè il legislatore nelle successioni lasciate dai bastardi comincia prima a parlare degli ascendenti, astrazion fatta della loro prole. Ecco brevemente il sistema del Codice.

Primieramente dee sempre aversi riguardo alla qualità dei successori, non del defunto. Ciò posto, quel che riguarda agli eredi figli legittimi o loro discendenti legittimi, è spiegato nell'art. 754 (673 M); quel che concerne ai figli naturali, negli articoli 757 758 (674 M); i figli legittimi di questi figli naturali hanno la loro regola nell'art. 759 (675); tutti gli altri discendenti sono respinti dall'art. 756 (674 M). — Ascendenti o collaterali legittimi, il defunto non può averne; — restando dunque i successibili ascendenti naturali o collaterali naturali, l'art. 755 (673 M) ha dettato le norme per gli ascendenti, e l'art. 756 (674 M) pei collaterali.

II. — 178. Veniamo ora alla spiegazione del nostro articolo.

Esso attribuisce la eredità del bastardo morto senza prole al padre e alla madre legalmente noti, ad ognuno per metà, o ad un solo per l'intero, essendone noto o esistendone uno solo. Parliamo degli autori *legalmente noti*, e non, come fa la legge, di quelli che avranno riconosciuto il figlio; si sa, che la dichiarazione giudiziale di maternità e paternità, nel caso in cui è permessa, produce lo stesso effetto che un riconoscimento volontario.

Il presente articolo chiama il padre e la madre in metà per ciascuno solamente pei beni ordinari del defunto, e non per quelli che da un di loro gli fossero stati donati. Difatti, si è veduto sotto l'art. 747 (670), n° II, che per questi beni donati il parente donante succederebbe solo, escludendo l'altro autore.

178 *bis*. Abbiamo già annunziato e più avanti stabiliremo (art. 913 e seg. (813 e seg.)) che il figlio naturale ha dritto ad una legittima sulla eredità dei suoi autori; vedremo pure tal dritto non appartenere agli ascendenti naturali rispetto al loro figlio.

766 (681). — In caso di premorienza del padre e della madre del figlio naturale, i beni che questi avesse ricevuto dai medesimi, passano ai fratelli o sorelle legittimi quando si trovano in natura nella di lui eredità: le azioni di ricupera, se ve ne sono, ovvero il prezzo dei detti beni alienati, se per anco non fu pagato, spettano egualmente ai fratelli o sorelle legittimi. Tutti gli altri beni passano ai fratelli o sorelle naturali, ed ai loro discendenti.

SOMMARIO

I. Deferimento della successione ai collaterali naturali. Qui pure il patrimonio partiscesi in due successioni.

II. Successione ai beni provenuti dall'ascendente — Essa deferiscesi ai soli discendenti di costui, ad esclusione dell'altro ascendente.

ed appartiene a tutti gli ascendenti, di qualunque grado sieno, venienti colla rappresentazione. Dissentimento con Grenier e Malpel. — Su quali beni cade questa successione. Rimando agli art. 747 e 351 (670 e 275).

III. *Successione ai beni ordinari. Non passa mai ai fratelli o sorelle naturali, figli legittimi. Errore di Duranton. — Essa segue la regola dell'art. 752 (T). — Appartiene ai fratelli o sorelle, figli naturali, e ai loro discendenti, legittimi solamente. Dissentimento con Chabot e Vazeille.*

IV. *Osservazioni sui due art. 765 e 766 (680 681).*

I. — **179.** Dopo che si è occupata degli ascendenti naturali del *de cujus*, la legge viene ai suoi collaterali naturali; ed anche qui dividesi il patrimonio dello spurio in due distinte successioni, quella de' beni ordinari e quella dei beni che dai suoi autori provengono; la prima si deferisce agli altri figli naturali degli autori dello spurio defunto, e l'altra ai loro figli legittimi.

II. — **180.** E dapprima i beni provenuti dallo ascendente passano ai di costui *figli legittimi*, che la legge qui nomina molto impropriamente *fratelli e sorelle legittimi del* defunto. Diciamo impropriamente, dacchè lo spurio defunto non ha fratelli o sorelle legittimi. Egli non può avere parenti legittimi, come abbiamo già detto, che fra i suoi propri discendenti: tutti i suoi parenti, ascendenti o collaterali, sono necessariamente suoi parenti naturali.

Quindi i beni che dallo ascendente provengono, tornano in di lui mancanza ai suoi figli legittimi. Questo ritorno ha luogo in pro dei figli legittimi dello ascendente, mancando solo costui, perchè non occorre sia anche premorto l'altro ascendente dello spurio. Vanamente in sostegno della idea contraria vorrebbesi cavare argomento, come fanno parecchie decisioni (1), dal modo con cui fu compilato il nostro articolo. Esso dice, che i beni passano ai fratelli e sorelle legittimi, in caso che premorissero *il padre e la madre*; e con ciò si volle indicare nel tempo medesimo pei due ascendenti una idea da applicare distintamente all'uno e all'altro. E invero se altrimenti si intendesse questo articolo, bisognerebbe pur dire che i beni che avessero ricevuto dal *padre* e dalla *madre* passerebbero indistintamente, perchè tali, a tutti i figli legittimi del padre e della madre, senza alcuna distinzione; per forma che i figli legittimi della madre che fossero estranei al padre, raccoglierebbero i beni che da costui provenissero, e viceversa i figli del padre raccoglierebbero i beni ricevuti dalla madre che loro è estranea. Non è evidente che la successione speciale del nostro articolo, miri soltanto a far tornare ai figli legittimi quello che la concorrenza del figlio naturale, oggi defunto, avea fatto uscir dal loro patrimonio, e quindi i beni che provengono da uno degli autori, debbono soltanto passare ai figli legittimi di lui?

Se pur qualche dubbio sul proposito potesse sorgere, sarebbe tolto via dai lavori preparatori. Difatti, nel progetto non esisteva il presente articolo, e fu richiesto al tempo della discussione e nel consiglio da Tronchet e Cambacérès, « per offrire ai figli legittimi un compenso di quello che han perduto nella eredità del loro padre, per la porzione conferita al loro fratello naturale (2) ».

181. Un punto più difficile è, se questo dritto di successione speciale, appartenga solamente ai figli legittimi di primo grado del donante, o anche ai di costui figli mercè la rappresentazione. Può ammettersi in questo caso la rappresentazione? È questa la difficoltà. — Così non esitiamo ad ammettere che i nipoti legittimi del comune autore non potrebbero succedere per *dritto proprio*: essendo una successione eccezionale, non si possono ol-

(1) Dijon, 1 agosto 1818; Riom, 4 agosto 1820 e Parigi, 27 nov. 1845 (*Journ. du Pal.*, t. 1, 1846, p. 224).

(2) Fenet (XII. p. 31, 34); *Conf.* Chabot (n. 4); Duranton (VI-338); Malpel (n. 164); Vazeille (n. 2); Richefort (III, p. 22).

trepassare i termini della legge, la quale non chiama che i fratelli e le sorelle legittimi, cioè i figli legittimi dell' ascendente in primo grado. Ma ammettendosi la rappresentazione, il cui effetto è di far entrare i rappresentanti nel grado del rappresentato, i nipoti diverrebbero figli; i discendenti di fratelli e sorelle legittimi, per servirci dell'espressione dell'articolo, saranno per finzione della legge fratelli e sorelle legittimi e potranno quindi allegare questo articolo. Or deve ella ammettersi la rappresentazione? È questo un punto controverso (1) ; ma ci pare di non essersi per anco colto il nodo della quistione dall'una e dall'altra parte.

Gli scrittori delle due parti han veduto una quistione identica a quella da noi discussa sotto l'articolo 757 (674 M), n. 2, cioè, se i discendenti di fratelli e sorelle legittimi di un defunto, concorrendo con un figlio naturale, riducono a metà la sua porzione come i fratelli e sorelle, o invece gli lascino tre quarti come semplici collaterali. Se non che le due quistioni nulla hanno di simigliante. Se vi fosse analogia, non diremmo essere un punto delicato, nè dubiteremmo pei motivi indicati sotto quello articolo 757 (674 M) di tassare di errore la opinione di Grenier e di Malpel.

Ma qui la quistione è bene altrimenti delicata. Imperciocchè i parenti chiamati dalla legge col nome improprio di fratelli e sorelle legittimi, e i di costoro discendenti, non sono per fermo che parenti naturali del defunto. La loro successione non è legittima ed ordinaria , ma sì straordinaria ed eccezionale, che non risulta dai principî generali dettati negli art. 750 (672) e seguenti del cap. III; una successione profondamente irregolare , la quale non avrebbe luogo se non fosse stata ordinata dal nostro articolo fuori del sistema ordinario. Come dunque Chabot , Toullier , Poujol ed altri rimandanci agli argomenti dati sotto l'articolo 757 (674 M)? e come dire Duranton, sebbene trattisi di successione irregolare che tale non sia pei figli o discendenti legittimi del donante ? Ciò non avrebbe scritto se avesse conosciuto che il console Cambacérès, richiedendo tale articolo, spiegava che i figli legittimi avrebbero in esso soltanto un *rimedio straordinario*, per essere ristorati della perdita cagionata loro dalla presenza dei naturali, e che ad essi non succederebbero col titolo di eredi (Fenet, p. 34).

La quistione resta dunque integra, ma noi crediamo per fermo che debba decidersi affermativamente.

La legge associandosi all'idea probabile del padre di famiglia vuole, che la concorrenza del figlio naturale, oggi morto senza prole, non nuoccia a' figli legittimi, e che questi riprendano alla morte di quello i beni di cui erano stati privati per lui. Or la legge, secondo il pensiero che suppone nel padre di famiglia, dichiara che alla morte di un figlio i suoi discendenti entrino nel suo luogo: agli occhi della legge i nipoti diventano figli di primo grado per la morte dei figli loro autori. Adunque è nello spirito evidente del legislatore che i nipoti raccolgano sempre i dritti che avrebbero avuto i figli predefunti, e conseguentemente dovranno prendere nella eredità del figlio naturale, i beni provenuti dal padre come li prenderebbero i figli se vivessero.*—E in vero se fosse altrimenti, ecco ciò che potrebbe avvenire. Supponiamo che il padre del figlio naturale *de cujus* avesse due figli legittimi , uno dei quali sia premorto lasciando un nipote. Se costui non potesse giovarsi della rappresentazione, avremmo un risultato strano quanto iniquo. La esclusione del nipote non potrebbe giovare ai figli naturali chiamati alla successione ordinaria, i quali non hanno più dritto sui beni provenuti dal padre, esistendo uno o più figli legittimi; dunque l'unico figlio legittimo di primo grado si avvantaggerebbe solo della esclusione del nipote , e prenderebbe per intero i beni provenuti dal padre. Ora tal

(1) *Neg.*, Grenier (*Donat.*, II, 677); Malpel (numero 164); *Aff.* Chabot (n. 5); Toullier (IV, 269-4); Duranton (VI-377); Vazeille (n. 3); Poujol (n. 3).

* Per noi la quistione, che è stata tanto dibattuta in Francia, non ha più luogo, essendo stato aggiunto nella prima parte dell'art. 681 e *loro discendenti*.

risultamento è in aperta opposizione coi fini del legislatore; imperciocchè se la momentanea concorrenza di un figlio naturale, morto indi senza prole, non deve nuocere al figlio legittimo, non deve nemmeno cagionargli un guadagno, facendogli ottenere la totalità dei beni di cui egli avrebbe solo avuta una metà, se non fossevi stato alcun figlio naturale.

Adottiamo adunque contro Grenier e *Malpel* la conclusione (non già i motivi) degli altri scrittori di sopra citati. — Per altro è abbastanza strano che uno di essi, Vazeille, sia contro di noi intorno alla quistione di sopra riferita dell'art. 757 (674 M). Come il nostro collega che accorda la rappresentazione ai figli dei fratelli e sorelle, qui dove inferiscesi solamente dallo spirito della legge, può egli negarla nel caso dell'art. 757 (674 M) dove risulta non solo da analoghe induzioni ma bensì da *testi positivi*.

182. Or le cose che fan parte della successione speciale di cui qui discorriamo, sono, secondo il nostro articolo, i beni che il defunto avea ricevuto *dal* padre o dalla madre. Questo dritto successorio si eserciterà nelle medesime circostanze che quelle dell'art. 747 (670) cioè 1° sui beni che si trovino in ispecie; 2° sulle azioni di ricuperamento che potrebbero esistere; 3° sul prezzo tuttavia dovuto dei beni alienati.

Ma che bisogna intendere per questi beni ricevuti dal padre o dalla madre? Quelli solamente che l' ascendente ha potuto donare al defunto con un atto espresso di liberalità; ovvero anche quelli che il defunto avesse raccolto nella credità dello ascendente? A tutti certamente accenna il nostro articolo, essendo suo scopo di restituire ai figli legittimi ciò che loro avea tolto, la concorrenza del figlio naturale. Esso mira ad accordare ai figli legittimi, rispetto ai figli naturali il medesimo dritto dato loro dall' art. 351 (275) rispetto ai figli adottivi. La discussione del consiglio di Stato non lascia intorno a ciò alcun dubbio.

Nel progetto la successione del figlio naturale, in mancanza del padre e della madre, era stata devoluta in massa e senza alcuna distinzione a tutti i figli legittimi o naturali del padre o della madre. Allorchè fu discusso, alcuni consiglieri chiedevano che rimossi tutti questi figli passasse la successione al fisco. Dopo qualche osservazione fatta dai sig. Treilhard, Regnaud, Defermon ed altri, fu proposto da Cambacérés che si chiamassero i figli legittimi alla parte della eredità provenuta dall' ascendente, e la idea fu accolta. « Non si darebbe loro, disse il console, la totalità della successione. In verità, il fisco non è favorevole; ma siccome egli ha il carico dei figli naturali, convien pure che qualche volta succeda ad essi, e *quando la parte della eredità che proviene dal padre vien restituita ai figli legittimi*, non sarebbe odiosa la preferenza del fisco. — Il consiglio adottò la proposta del console » (Fenet, XII, pag. 34).

III. — 183. Veniamo ora alla successione ordinaria del figlio naturale, che non lascia nè padre nè madre legalmente noti. Questa successione comprende secondo i casi: 1° o solo i beni che non provengono dal padre o dalla madre: 2° o quelli che provengono dall'un di loro, quando non esiste alcun figlio legittimo di questo autore: 3° o infine i beni che provengono dai due autori, non esistendo discendente legittimo nè dall' uno nè dall' altro. Questa successione allora è devoluta agli altri figli naturali legalmente noti del padre o della madre del *de cujus*. Sicchè quand' anche vi sieno figli legittimi o del padre o della madre o di entrambi, questi figli, presi i beni provenienti dal loro rispettivo autore, (ed anche senza nulla aver preso, non essendovi beni di quello) sono esclusi dai figli naturali, che al pari di loro son nati dai medesimi ascendenti.

A prima vista può parere strana siffatta regola. Imperciocchè, se è vero che il figlio legittimo di una persona non sia fratello legittimo del figlio naturale di lei, è almeno suo fratello naturale, siccome un altro figlio naturale della medesima persona; e se non più favore, ne merita almeno altrettanto

che questo secondo. Dal momento adunque che la legge voleva quì ammettere la parentela naturale, per dare il dritto di successione fra fratelli e sorelle, sembra che avrebbe dovuto accordarla tanto ai fratelli e sorelle, figli legittimi, che ai fratelli e sorelle figli naturali. Ma per due ragioni si è deliberato il legislatore a chiamar solamente i fratelli, figli naturali. Primieramente, perchè essi spesso ne han maggiore bisogno, non avendo raccolto che una modicissima parte della eredità paterna, materna di cui la quasi totalità è devoluta ai figli legittimi; secondariamente, perchè fra i figli naturali ed i legittimi non vi sarebbe quella reciprocanza che esiste fra i figli naturali. Invero il nostro articolo non chiama i fratelli e sorelle naturali, figli spuri, che alla successione di un figlio naturale; se dunque il defunto fosse legittimo, i suoi fratelli e sorelle naturali, figli spuri, non troverebbero alcuna chiamata nè in questo, nè in altro articolo. Or siccome questi figli naturali non debbono succedere ai loro fratelli e sorelle, figli legittimi, quindi la legge non ha voluto che costoro a quelli succedessero: la legge ha ristretto il dritto di successione ordinaria ai figli naturali fra loro.

E si noti che non solo di contro ai fratelli e sorelle, figli naturali, ma assolutamente sono rimossi i fratelli e sorelle, figli legittimi. La qual cosa è evidente, non essendo essi chiamati nè dal presente nè da altro articolo, ed è per fermo erronea la contraria idea di Duranton (VI-339).— La parentela legittima o naturale non è un titolo di successibilità se non se nei limiti determinati dalla legge. Or, secondo le regole del Codice, la parentela legittima produce la successibilità per tutti i parenti discendenti e collaterali, fino al dodicesimo grado inclusivamente; ma non avviene lo stesso per la parentela naturale. In questa il Codice chiama soltanto. — 1° fra i discendenti i figli, poi i loro discendenti legittimi, e quando solamente vengano colla rappresentazione; 2° fra gli ascendenti solo il padre e la madre; 3° fra i collaterali i fratelli e sorelle, figli naturali (e i loro discendenti siccome vedremo); poi anche i fratelli e sorelle, figli legittimi e loro discendenti legittimi, soltanto però per li beni che provengano dal comune autore. (Bisogna ancora che il defunto sia figlio naturale, acciocchè fossero chiamati i fratelli e sorelle naturali, figli naturali). — Dunque i fratelli o sorelle naturali, figli legittimi non possono essere più chiamati alla successione ordinaria, come non potrebbero esserlo un cugino o uno zio naturale, o un parente legittimo del tredicesimo grado. E siccome, d' altra parte, potrebbe sorgere il dubbio, sapendo che il consiglio di Stato ha adottato formalmente il presente articolo sulla proposta di Cambacérés, che il fisco deve essere chiamato « quando la parte della eredità proveniente dal padre è restituita ai figli legittimi ? » Duranton vanamente ci dice *filius post omnes*. *Post omnes* senza dubbio, ma *post omnes successores*: e quelli di cui trattiamo non sono punto successori pei beni non provenienti dal loro autore (1).

184. La legge qui non ripete il già detto negli articoli 733 e 734 (TT), cioè che la eredità dovrà partirsi in due metà, la una pei parenti paterni, l'altra pei materni. Bisogna inferirne che se vi fossero in concorrenza fratelli naturali, germani e consanguinei o uterini, la dividerebbero tutti in uguali porzioni? Non lo crediamo. Colui che è fratello del defunto per parte del padre e della madre, avente un doppio titolo alla successione, perchè non vi prenderebbe egli una doppia porzione?

Nei casi in cui la parentela naturale produce al paro della legittima il dritto di successione, perchè non produrrebbe, come quella, essendo doppio, un maggiore effetto di quello che se fosse semplice? Nel progetto la nostra sezione finiva con un articolo toltosi, poi come inutile, il quale diceva: « La successione del figlio naturale non è devoluta al padre, alla madre, ai fratelli o sorelle che quando è stato legalmente riconosciuto; essa del resto vien raccolta conforme alle regole generali sulle successioni ». (Fenet, XII, p. 32). Diciamo essere stato tolto questo articolo come inutile, per modo che non bisognerebbe

(1) Maleville, Vazeille (n. 7); Poujol (n. 6).

trarre argomento dall' essersi soppresso. Imperocchè non si è da alcuno reclamato contro la sua disposizione ; e poi la sua prima parte che si è tolta al pari della seconda è di una irrepugnabile applicazione: infine nella esposizione dei motivi il commessario del Governo ripetè avanti il corpo legislativo, terminata questa materia : « del rimanente sarà eseguita la legge generale sulle successioni (1). »

La seconda parte del nostro articolo chiama solamente alla successione ordinaria del defunto, il figlio naturale, i fratelli e sorelle (figli naturali) , ma anche i discendenti dei fratelli e sorelle. Ma di quali discendenti intende qui parlare la legge ? Soltanto di quelli legittimi, od anche dei naturali riconosciuti? Chabot (n. 6) , Vazeille (*loc. cit.*) e Poujol (n. 7) insegnano che non avendone qui la legge in alcun modo ristretto il senso indefinito, la parola *discendente* comprende senza dubbio nel suo pensiero i figli naturali ed i legittimi. Ma questa idea non è da ammettersi. Invero abbiamo stabilito sotto l'art. 759 (675) (e i tre scrittori citati lo ammettono al pari *di noi*). *che* il figlio naturale non può mai *succedere* all'avolo legittimo; ed abbiamo veduto sotto l'articolo precedente, che la successione di un figlio naturale per ciò che riguarda ai discendenti, segue le medesime regole della successione legittima: dunque un figlio naturale non può mai raccogliere la eredità di un figlio naturale suo avo. Ma essendo così, egli non potrà *a fortiori* raccogliere quella di un figlio naturale che gli è zio o prozio. Così Pietro, non importa se legittimo o naturale, lasciando alla sua morte per suoi pa renti due parenti naturali, cioè un nipote figlio naturale del suo figlio naturale, ed un nipote figlio naturale di un suo fratello naturale: è risaputo, che secondo gli articoli 756, 759 e 765 (674 M, 675 e 680) il nipote non può succedergli : si vorrebbe che succedesse secondo il presente articolo!!!

185. Per altro i discendenti legittimi del fratello naturale spurio , i soli che possa chiamare il nostro articolo, potrebbero succedere non solo rappresentando il loro padre, ma anche per dritto proprio, essendo la chiamata del nostro articolo assoluta e senza la condizione della premorienza del loro autore.

IV. — 186. I diversi successori di cui parla la legge in questo e nel precedente articolo essendo tutti parenti naturali, sono dunque tutti successori irregolari ; alcun di loro in conseguenza non avrà il possesso immediato dei beni, e dovrà domandarne la immissione in possesso; come parimente non sarà tenuto dei debiti *ultra vires*, rispondendo fino alla concorrenza del valore dei beni, che prende, perchè essi solamente vi sono tenuti come successori dei beni e non come rappresentanti del defunto.

Questi due articoli provano che l' articolo 723 (644) non è intero dicendo che i beni del defunto passano 1° ai suoi eredi legittimi; 2° ai suoi figli naturali; 3° al suo coniuge; 4° in fine allo Stato. Non solo ai figli naturali possono passare i beni, ma ora ai figli (o loro discendenti legittimi), ora al padre e alla madre , ora ai fratelli e sorelle (o loro discendenti legittimi); in luogo dei *figli* naturali bisognava parlare in modo più generale dei *parenti* naturali. Del rimanente questi diversi successori in quanto son parenti, precederanno il coniuge del defunto, nè comprendesi che Delvincourt abbia pensato di collocarne anche fra il coniuge e lo Stato. Può discutersi se quel parente naturale debba o pur no succedere; ma ammessolo nella classe dei successori, non può esservi difficoltà sul grado da prendere; rispetto al conjuge sarà sempre collocato il primo. Non risulta evidente da tutto l'ordine del Codice che la legge stabilisce la successibilità 1° sulla parentela legittima; 2° sulla parentela naturale , ed in 3° luogo sul titolo di coniuge? Non prova ciò la nostra sezione destinata a tutti i parenti naturali , mentre il coniuge è chiamato insieme collo Stato

(1) Fenet (XII, p. 150); *Conf.* Chabot (n. 7); Toullier (IV-269) ; Delvincourt (t. II) ; Vazeille (n. 5) ; Zachariae (IV, p. 221).

nella seguente?

Ma per fermo nei nostri due articoli non si tratta della successione lasciata da qualunque figlio naturale, ma sì dai figli semplici naturali e non già dagli incestuosi e adulterini. Siccome questi figli non succedono ai loro parenti così nè questi a loro; il padre e la madre di un figlio adulterino od incestuoso che si trovi legalmente noto per la forza delle cose, non potrebbero invocare lo art. 765 (680) nè l' art. 766 (681), come ai suoi fratelli e sorelle (poco monta se figli legittimi o naturali) nè i loro discendenti.

187. Ma non avviene così perchè il defunto è adulterino o incestuoso; imperciocchè, come di sopra si è detto, non bisogna considerare la qualità del defunto, ma quella dei successori rispetto a lui. Il padre e la madre di un figlio adulterino sono per lui autori adulterini; i suoi fratelli e sorelle o nipoti gli sono anche parenti adulterini; la parentela che li stringe è adulterina, originando per tutti dallo adulterio del padre e della madre. Avviene il simile nel caso dell' incesto. Ora è risaputo che la legge non fonda il dritto di successione sull' incesto o l' adulterio. Ciò è evidente pel padre e la madre, imperocchè se la legge nell' art. 762 (678) respinge i figli benchè innocenti del delitto che vuol punire, come ne risparmierebbe i colpevoli? Quanto ai collaterali poi, non si può trarre argomento dalla loro innocenza quando la legge colpisce i figli che son pure innocenti. Di più la legge senza riguardare innocenti o colpevoli, non ha voluto stabilire il dritto di successione sopra una parentela nata dal delitto. — Lo spurio, adulterino o incestuoso, non può dunque avere parenti, legittimi o naturali capaci di succedergli che fra i suoi discendenti (i quali succederebbero come per l' ordinario secondo gli art. 745, 757, 758, 759 (667, 674 M, 675); esaurita la sua discendenza non può avere altri successori che il conjuge o lo Stato; ma non mai gli ascendenti o i collaterali. Loyseau che nel suo trattato aveva manifestato un' idea contraria, si è ricreduto nell' appendice.

187 *bis*. Un' ultima osservazione. I successori di cui si occupano i nostri due articoli, val dire il padre e la madre o i fratelli e sorelle naturali o i loro discendenti legittimi, sarebbero obbligati d' imputare sulla parte di eredità che loro spetta, tutto ciò che han ricevuto dal defunto. La quale regola invero non è scritta espressamente in alcun luogo, ma dai principî generali sorge abbastanza chiara. In effetto noi vedremo più avanti (art. 843 e seguenti (762 e seg.) che la legge mira a mantenere la eguaglianza fra i diversi eredi di una persona, e perciò obbliga ciascun di loro a conferire ciò che ha ricevuto; or perchè non intenderebbe mantenere tale eguaglianza fra i successori irregolari come fra gli eredi legittimi?... L' analogia è qui affatto naturale ed è nel pensiero del legislatore, come ben lo dinota l' art. 762 (678).

— (682). *

SEZIONE II.

DEI DRITTI DEL CONJUGE SUPERSTITE E DELLO STATO.

188. Questa sezione ha un oggetto più esteso di quello che non dinoti la sua rubrica; dei setti articoli di cui si compone, cinque si occupano degli obblighi imposti i due primi solamente indicano la chiamata del conjuge e dello Stato, gli altri

* Il nostro legislatore chiude questa prima sezione con una disposizione relativa ai figli legittimati per rescritto del Principe la quale non ha riscontro nel Codice francese, non riconoscendosi in esso che la sola legittimazione *per subsequens matrimonium*. Dessa è così concepita:
Art. 682. I legittimati per rescritto del Principe succederanno nella stessa guisa come si è detto pei figli naturali.

o allo Stato, o al conjuge o ai figli naturali chiamati in mancanza di parenti legittimi. — Spiegati i testi della sezione, bisognerà per finire questa materia conoscere quali obblighi analoghi sieno imposti: 1° ai figli naturali che concorrono con parenti legittimi: 2° al padre o alla madre o fratelli e sorelle naturali.

767 (683). — Quando il defunto non lascia nè parenti in grado successibile, nè figli naturali, i beni della sua eredità appartengono al consorte non separato da esso per divorzio il quale gli sopravvive.*

189. Questo articolo è compilato incompletamente. I parenti legittimi, e i figli naturali non sono i soli successori che colla loro presenza impedirebbero al conjuge di succedere. Ma il conjuge precederebbero anche il padre e la madre naturali del defunto (per tutti i beni lasciati da lui); i fratelli e sorelle naturali, figli illegittimi, o i loro discendenti legittimi (anche per tutti i beni); e i suoi fratelli e sorelle naturali, figli legittimi, o i loro discendenti legittimi per rappresentazione (pei beni provenienti dal comune autore). L' articolo avrebbe dovuto dire: « quando il defunto non lascia nè parenti legittimi sino al dodicesimo grado, nè parenti naturali chiamati dalla legge. »

Questa cattiva compilazione deriva dal non aver il legislatore posto mente che ad un defunto legittimo. Difatti costui non ha padre nè madre naturali, nè gli succedono i fratelli o sorelle naturali se egli ne abbia. Era per altro inutile dire che la successione passerebbe al conjuge non separato per divorzio, imperocchè questi non è più conjuge, essendosi pel divorzio infranto il nodo del matrimonio. Per l'opposto, la separazione di persona lasciando sussistere il nodo, il conjuge, in pro o contro del quale fosse stata pronunziata, non succederebbe meno al conjuge.

189 *bis*. Sotto l' art. 337 (260), n. II e VII vedemmo che il riconoscimento volontario o giudiziale, quando ha luogo durante il matrimonio in favore di un figlio, che il suo autore ebbe da altri fuorchè dal proprio consorte, non produce al figlio alcun dritto di successibilità, rispetto al conjuge o ai figli nati da un tal matrimonio. Questa regola dell' art. 337 (260) deve combinarsi col nostro articolo per ciò che riguarda al conjuge, e con l' articolo 757 (674 M) per cio che riguarda ai figli legittimi.

189 *ter*. Osservammo sotto l' articolo 202 (192), n. III, che il matrimonio dichiarato nullo ma contratto in buona fede, produce gli effetti di un matrimonio valido, che si scioglierebbe il giorno che fosse pronunziata la nullità. Il conjuge adunque in questo caso succederà o nò, secondo che la nullità sia stata pronunziata dopo o prima della morte del *de cujus*. Imperciocchè dichiarato nullo prima, il vostro matrimonio putativo non esisteva più al tempo della morte, e quindi il defunto non era vostró conjuge; lo era nella ipotesi contraria per benigna finzione della legge.

768 (684). — In mancanza di conjuge superstite l'eredità si acquista dal fisco.**

* Non essendosi appo noi ammesso il divorzio, si dovette cassare *non separato da esso per divorzio*.

** Fa uopo qui riferire la legge dei 29 dicembre 1828, e l'altra dei 13 febbraro 1856 riguardante l'una la successione degli esposti, e l'altra, la successione dei militari morti in servizio senza eredi.

Legge del 29 dicembre 1828.

« Veduti gli articoli 684 e seguenti contenuti nella sezione II del cap. IV del lib. I delle LL. CC. riguardanti i dritti successori legittimi in favore dello Stato.

» Veduto il nostro decreto del di 7 aprile dell' anno corrente circa la tutela degli esposti.

» Considerando che secondo le disposizioni degli enunciati articoli la successione legittima degli esposti, in mancanza di discendenti o del conjuge del defunto, appartiene esclusivamente allo Stato, niun dritto attribuendo in ciò la legge agli stabilimenti dei projetti.

» Considerando non pertanto, che gli stabilimenti destinati ad accogliere e prendere cura degli esposti, tengono loro luogo dei genitori, e meritano

190. In un caso del tutto speciale, lo Stato può essere preceduto da un successore di cui non parla il Codice, cioè l'Ospizio in cui è morto il defunto.

Difatti, 1° secondo la legge del 15 piovoso anno XIII (art. 8) quando un fanciullo allevato in un Ospizio, muore prima di uscirne o essendo ancora minore e sotto la tutela dell' Ospizio, nè si presenta alcuno erede, la eredità di lui appartiene all'Ospizio che ne esclude lo Stato.

2. Un decreto posteriore dei 3-8 novembre 1808 dichiara che gli effetti mobili recati negli Ospizi dalle persone che vi sono trattate o mantenute, gratuitamente o nò, restano all' Ospizio in mancanza di successibili ed ad esclusione del fisco.

Il decreto va anche più in là, ma non potrebbe in ciò applicarsi. Dichiara che per gli ammalati trattati gratuitamente, gli effetti sieno sempre tolti dall' Ospizio come indennità, anche in concorrenza di eredi. In ciò il Governo ha certamente trasceso i suoi poteri, dacchè una simigliante legge non avrebbe potuto ordinarsi che da una legge: lo Stato ha potuto rinunziare i suoi proprî diritti in favore degli Ospizi, ma non menomare i dritti che gli eredi hanno dalla legge. L'Ospizio potrebbe ritenere gli effetti sino al pagamento di ciò che gli è dovuto; ma fattagliene l'offerta, gli eredi, fosse anche il coniuge, potrebbero riprendere tutto ciò che al defunto apparteneva (ved. art. 1, n. IV).

perciò particolare riguardo. Volendo in favore degli stabilimenti medesimi fare uso della nostra sovrana munificenza, e concedere loro un nuovo mezzo onde aumentare le risorse, per adempiere alla loro importante pia istituzione.

» Veduto il parere, ec.

» Sulla proposizione, ec.

» Udito, ec.

» Abbiamo risoluto, ec.

» Art. 1° La successione legittima degli esposti, i quali non lascino superstiti discendenti nè conjuge, sarà devoluta, in preferenza dello Stato, a quello stabilimento di beneficenza, cui l' esposito appartenga ed il quale abbia adempiuto interamente, o almeno per la maggior parte, coi fondi del proprio patrimonio, all' opera della ricezione e nudrimento dello esposito, di cui siasi aperta la successione.

» Art. 2° Le disposizioni degli art. 685 e 686 delle LL. CC. sono applicabili anche agli stabilimenti di beneficenza, i quali pretendono alla eredità degli esposti.

» Art. 3° La presente legge farà parte integrale del capo 4, tit. 1, lib. delle LL. CC. riguardante le successioni irregolari, e sarà anche applicabile a tutte le successioni degli esposti, che siensi aperte fino alla pubblicazione della medesima legge ».

Legge dei 13 febbraio 1856.

» Veduto l'art. 684 e seguenti, contenuti nella sezione seconda del cap. IV del lib. III delle LL. CC. risguardanti i diritti successorî legittimi in favore dello Stato.

» Considerando che secondo le disposizioni degli enunciati articoli, la successione legittima dei militari morti in servizio senza eredi legittimi, appartiene esclusivamente allo Stato, ninn diritto attribuendo in ciò la legge agli orfanotrofi militari;

» Considerando che sia conforme ai principi di giustizia, che del patrimonio dei militari morti in servizio senza eredi legittimi, godano in preferenza i figli di coloro che furono i loro fratelli d'arme;

» Considerando che con la legge dei 29 dicembre 1828 si dispose che la successione legittima degli esposti, i quali non lasciavano superstiti discendenti, nè conjuge, dovea devolversi, in preferenza dello Stato, a quello stabilimento di beneficenza, cui l' esposito apparteneva;

» Considerando in fine che l'orfanotrofio non potrebbe vantar ragioni maggiori dello stabilimento di beneficenza;

» Veduto il parere delle due consulte del Regno;

» Sulla proposizione del nostro ministro segretario di Stato per gli affari di Sicilia, non che del direttore del nostro ministero e real segreteria di Stato di grazia e giustizia.

» Udito il nostro consiglio ordinario di Stato;

» Abbiamo risoluto di sanzionare e sanzioniamo la seguente legge;

» Art 1° La successione dei militari morti in servizio senza eredi legittimi, sarà devoluta, in preferenza dello Stato, a beneficio dell' orfanotrofio militare.

» 2° La presente legge non sarà applicabile, ove il militare sia un esposito, dovendo in tal caso la successione andar regolata a norma della legge dei 29 dicembre 1828.

» 3° Le disposizioni degli articoli 685 e 686 delle leggi civili sono applicabili anche all' orfanotrofio militare, il quale pretenda alla eredità di un militare morto in servizio senza eredi legittimi.

» 4° La presente legge fa parte integrale del capitolo IV titolo primo, lib. III delle LL. CC. risguardante le successioni irregolari.

Giova qui avvertire, che le due surriferite leggi sono più generose della legge dei 15 piovoso anno XIII e del decreto dei 3-8 novembre 1808; imperocchè quelle chiamano, a preferenza dello Stato, alla successione dello esposito l' Ospizio, e l' Orfanotrofio a quella del militare morto in servizio, richiedendo la sola condizione che non lascino eredi; dove la legge francese restringe questo dritto successorio per le eredità di quelli che muoiono nell' Ospizio, e essendo ancora minori o sotto la tutela di quello, e il decreto del 1808 dichiara appartenenza degli Ospizi i soli effetti mobiliari arrecativi da coloro che in esso sono trattati e mantenuti.

769 (685). — Il conjuge superstite e l'amministrazione del demanio che pretendono aver dritto all'eredità, devono fare apporre i sigilli, e fare stendere l'inventario nelle forme prescritte per l'accettazione dell'eredità col beneficio dell'inventario.

770 (686). — Essi devono domandare al tribunale di prima istanza, nella cui giurisdizione si è aperta la successione, l'immissione in possesso della medesima. Il tribunale non può pronunziare sulla domanda che dopo tre pubblicazioni ed affissioni nelle solite forme, e dopo sentito il regio procuratore.

I. — 191. Le forme *solite* di cui parla il nostro articolo non sono in alcun luogo indicate. Il tribunale sarebbe libero di seguire il modo di affissi e pubblicazioni ordinato dalla legge per la vendita giudiziaria degli immobili, o ordinare quello indicato per l'amministrazione del demanio da una circolare ministeriale degli 8 luglio 1806.

II. — 192. Toullier (IV-293) crede che lo Stato, il coniuge ed anche i figli naturali (che secondo l'art. 773 (T) son soggetti ugualmente alle regole qui da noi spiegate) non possono essere immessi in possesso, che dopo aver provato di non esistere alcun successibile da preferirsi a loro. Erronea secondo noi è questa idea: non si può stabilire tal negazione, nè provare che non esista alcuno di questa o quella qualità. Come volete voi che io *provi* che il defunto non lascia in alcun luogo un figlio naturale riconosciuto, un cugino del decimo o duodecimo grado? Gli affissi, le pubblicazioni, le informazioni a cui ricorrono il procuratore dell'impero ed il tribunale, offrono agli occhi della legge bastanti guarentigie; il silenzio succeduto alle pubblicazioni fatte, rende per lo meno incerta la esistenza di successibili più favorevoli, e bisogna allora applicare l'articolo 136 (142) il quale dichiara che « aprendosi una successione alla quale sia chiamata una persona di cui non costi la esistenza, sarà quella devoluta come se la persona chiamata non esistesse (1). »

Occorre anche rigettare un'altra idea di Toullier il quale pretende (n. 292) che pendente il giudizio della immissione in possesso, la successione devoluta ai successori irregolari debba essere amministrata da un curatore, nominato dal tribunale conforme allo art. 812 (731), essendo allora secondo lui la eredità giacente. Errore: non perchè una successione passa a successori irregolari, essa è giacente o senza eredi. Una successione è *senza eredi*, quando costa che il defunto non lascia eredi perfetti od imperfetti (meno dello Stato che sempre necessariamente esiste), cioè quando non ha parenti successibili nè coniuge; è giacente quando nissuno la reclama, quantunque forse od anche probabilmente esistessero eredi regolari o irregolari che non la domandino. (Ved. la spiegazione dello art. 812 (731)). Dunque di contro a parenti naturali o ad un coniuge l'eredità non può essere nè giacente, nè senza eredi; solo può esser dell'uno e dell'altro modo rispetto allo Stato: la successione è senza eredi quando lo Stato provi non aver il defunto alcun altro successore; è giacente quando lo Stato riconosce che probabilmente vi sieno o per lo meno possano esservi altri successori, ma che non la domandino.

Così la successione non è mai giacente quando la reclamano o un qualunqne parènte o il coniuge, e lo è solo qualche volta, quando lo Stato la domanda. Ora soltanto per le eredità giacenti l'art. 812 (731) chiede la nomina di un curatore. Questa nomina adunque anzichè esser sempre necessaria per tutti i successori irregolari, come Toullier vuole, non lo è mai pei

(1) Chabot (n. 3); Malpel (n. 201); Duranton (VI-352); Dalloz (*Success.*, cap. 4, sez. 3); Vazeille (n. 3); Zachariae (IV, § 639); Duvergier (*sopra Toullier*); Parigi, 26 marzo 1835; Cass., 17 agosto 1840 (Devill., 40, 1, 759).

parenti naturali nè pel conjuge, e nemmeno per lo Stato, eccettone il caso speciale di cui si occuperanno gli articoli 811 e seg. (730 e seg) e di cui ancora non si parla. Il Codice qui suppone essere provato, che il defunto non abbia altri successori che lo Stato; e in questa ipotesi lo Stato, al pari degli altri successori irregolari, può essere ammesso immediatamente nel possesso provvisorio della eredità pendente il diffinitivo giudizio.

771 (687). — Il consorte superstite è pure tenuto a far impiegare gli effetti mobili, o a dare cauzione bastante ad assicurarne la restituzione agli eredi del defunto, ove questi si presentino nell'intervallo di tre anni; passato questo termine, la cauzione è sciolta.

193. Questo articolo mira a garentire ai successori più prossimi di quello che si immette in possesso, e che potrebbero poi presentarsi, la restituzione dei beni ai quali han dritto. Il Codice pertanto esige dal coniuge e dai figli o da altri parenti naturali (art. 773 (T) e argomento da questo articolo), ma non dallo Stato che stimasi sempre solvibile, lo impiego di tutti i valori mobili soggetti a restituzione, o una cauzione da rispondere di tali valori. Lo impiego deve farsi senza dubbio in acquisto di immobili o in impiego con ipoteca; la cauzione dee avere le condizioni generali volute dagli art. 2018 (1890) e seguenti nel titolo *della fidejussione*.

La cauzione e l'impiego non sono richiesti che pei valori soggetti a restituzione, quindi il coniuge e il padre, la madre, i fratelli e sorelle naturali devono dar cauzione, o far lo impiego per tutti i mobili che prendono, potendo avvenire che essi debbano di poi restituire la totalità. Per lo incontro i figli naturali non lo dovrebbero che per una parte, restando sempre a loro una parte di beni, che che possa seguire.

194. La cauzione è richiesta solo per tre anni, scorsi i quali resterebbe sciolta; per conseguenza, se in luogo di fidejussione vi fosse stato impiego, il possessore dopo quel termine potrebbe disporre a suo talento della somma impiegata o dello immobile acquistato, come avrebbe potuto disporre dei mobili venduti ed offerti in cauzione. Ma non bisognerebbe perciò credere, che scorsi i tre anni fosse decaduto dal suo dritto l' erede o successore irregolare più prossimo del possessore: l' avente dritto reclamerebbe quei mobili non come oggetti particolari, ma come parte integrale della eredità, e l'azione di petizione di eredità, come sappiamo, prescrivesi in trenta anni (art. 137 (143), n. V). Dopo i tre anni, il possessore non sarebbe più tenuto alla sicurtà della fidejussione o dell'impiego, ma lo sarebbe sempre alla restituzione sotto la sua personale responsabilità. Esisterebbe sempre il debito, sebbene non avesse più una speciale guarentigia.

La natura degl' immobili presenta una sufficiente garenzia; la legge non pensando ai deterioramenti che il possessore potrebbe commettere, ha creduto bastevole nello interesse degli eredi, di cui non costi la esistenza, la certezza di ricuperare lo immobile, e di più l'obbligo personale del possessore pei deterioramenti.

772 (688). — Il coniuge superstite o la amministrazione del demanio, che non avesse adempito alle formalità loro rispettivamente ingiunte, potranno essere condannati al risarcimento dei danni ed interessi verso gli eredi, qualora se ne presentino.

195. Quando il demanio, il coniuge o anche il figlio naturale (art. 733 (T)) si sono immessi nel possesso dei beni, senza compiere le formalità richieste dalla legge per la garenzia dei dritti dei successori più prossimi, essi sono in colpa; e non es-

sendo legale il loro possesso, son possessori di mala fede. Ma per fermo non è questo il solo caso che il loro possesso può essere di mala fede; lo sarebbe altresì, se fosse provato che tuttochè compissero le formalità legali, essi sapevano appartenere la successione a parenti, di cui cercavano occultare la esistenza che essi soli conoscevano. Quest'ultimo caso di mala fede può avvenire tanto agli eredi propriamente detti, che ai successori irregolari ; ma quello indicato dal nostro articolo non può aver luogo che pei soli irregolari, non essendo gli eredi assoggettati alle formalità di cui qui parliamo. — Ora quante volte il detentore di una eredità spettante ad altri, ha posseduto di buona fede , ne conserva i frutti, le rendite o interessi, e non è tenuto di rendere che quelli decorsi dopo la domanda del vero erede, e dopo che si sarebbe conosciuto che la eredità non gli appartenesse (art. 138 (144)).

Egli avrebbe inoltre diritto ad un ristoro pei miglioramenti apportati ai beni, e per tutto ciò che vi avrebbe utilmente speso. Per lo incontro, il possessore di mala fede dovrà restituire i frutti e le rendite raccolte o che ha trasandato di raccogliere, e pagare per giunta i danni ed interessi, sia pei deterioramenti recati ai beni, sia pel danno cagionato al vero padrone, privandolo scientemente di un godimento che a lui apparteneva.

Quanto alla proprietà dei beni, abbiamo già detto e ripetuto, che il successore apparente, non avendovi alcun dritto, non potrebbe trasmetterla, e che qualunque alienazione e concessione di dritti reali potrebbe annullarsi, sulla domanda del vero padrone, qualora si presentasse prima di compiersi la prescrizione. Ora si sa che tal prescrizione che compiesi sull' istante pei mobili, non si effettua per gl'immobili che in dieci, venti o trenta anni secondo i casi (art. 137 (143), n. V).

773 (T). — Le disposizioni degli articoli 769, 770, 771 e 772 (685, 686, 687 e 688) sono comuni ai figli naturali chiamati alla successione in mancanza di parenti.*

196. Solo ai figli naturali che in mancanza di parenti legittimi succedono in tutti i beni della eredità, sono imposte le sopra riferite formalità. Quando essi concorrono con eredi legittimi , a questi ultimi e non giudizialmente, debbono domandare il possesso; e questa loro dimanda è tutta una cosa con quella della divisione della eredità. Diciamo che la loro dimanda d'immissione in possesso o di rilascio, non è altro che la domanda di divisione. È certo infatti , che che ne abbian pensato Toullier (IV, 282) ed altri giureconsulti, che i figli naturali, concorrenti cogli eredi legittimi, non hanno soltanto un credito di danaro o la semplice facoltà di esigere una porzione a scelta dell'*erede legittimo:* ma dacchè la legge attribuisce loro una frazione della eredità , essi dunque hanno il dritto di prenderla in natura, e mercè una divisione nella quale la loro parte come le altre dovranno uscire in sorte. Duvergier conosce questo errore di Toullier.

Del resto si è dovuto comprendere la utilità delle formalità richieste dalla nostra sezione. Quando successori irregolari raccolgono una eredità, può sospettarsi che esista in qualche luogo alcun parente ignoto che potrebbe avervi dritto prima di essi o in concorrenza con essi. Così nella ipotesi più favorevole, non sarebbe mai certa questa non esistenza di successori. Supponiamo una successione lasciata da uno spurio di tenera età e reclamata dal fisco che esibisce gli atti di morte del padre e della madre ; è certo in questo caso, che il defunto non può avere nè discendenti nè ascendenti successibili nè col-

* Questo articolo è stato soppresso nelle leggi civili, perchè negli art. 685, 686, 687 e 688 si ebbe cura di aggiungere *i figli naturali.*

laterali legittimi, nè conjuge, e che egli nemmeno può lasciare alcun legatario (articolo 903 (819)); ma come con certezza affermare ch' egli non abbia dal lato paterno o materno qualche fratello, figlio naturale che dovrebbe escludere lo Stato? Sarebbe stato utile in verità imporre queste medesime formalità agli eredi legittimi, dubitandosi che esistessero in qualche luogo parenti di loro più prossimi; ma la legge che vuol circondare di maggiori riguardi gli eredi anzichè i successori imperfetti non ha creduto necessario estendere ai primi le rigide guarentigie richieste pei secondi.

197. Ci resta ad esaminare se le formalità di cui quì ragioniamo, debbano essere imposte al padre alla madre ai fratelli e sorelle naturali di cui non si fa cenno nella nostra sezione. Non ci sembra dubbia l'affermativa, stantecchè questi diversi successibili sono pure successori irregolari, ed anche meno favorevoli dei figli naturali. Costoro infatti li escluderebbero sempre, e se questi dal nostro articolo sono espressamente soggettati a questi provvedimenti di cautela come ne sarebbero gli altri dispensati?

Non si potrebbe dispensare che il padre e la madre succedenti al figlio naturale morto così giovane da non lasciar figli. Essendo allora certo che il defunto non lascia nè discendenti nè legatario, nè alcun successore preferibile al padre e alla madre, diverrebbero del tutto inutili le formalità della presente sezione. Basterebbe al padre e alla madre una semplice domanda per chiedere la immissione in possesso.

— (689).*

— (690).**

*-** 689. Al coniuge povero che non abbia un patrimonio confacente al suo stato, sarà dovuta sulle rendite creditarie del consorte predefunto una prestazione alimentaria e vitalizia.

690. L'importare di siffatta prestazione non eccederà il quarto della rendita dei beni ereditarî, quando non esistessero figli, o quando ve ne fossero al numero di tre o meno. Essendo più di tre non eccederà i frutti della porzione virile.

1. Nei Codice civile francese non furono adottati i principî di Giustiniano intorno alla successione del coniuge superstite povero nei beni del defunto coniuge ricco, *coniugis pauperis in bona locupletis*. Ma questa omissione fu l'effetto di un errore, perchè leggesi nella discussione del Consiglio di Stato dei 9 nevoso anno XI (30 dicembre 1802) sopra gli articoli 754 e 773, che Maleville faceva osservare essersi trascurata una massima di già ammessa in giurisprudenza, per la quale accordavasi una pensione al coniuge superstite quando era povero nè aveva dritto alla successione, e Treilhard rispondeva che l'art.754 concedevagli l'usufrutto di un terzo dei beni (Maleville II, p.247). Del silenzio serbato su questo punto dai compilatori di quel Codice dolevasi Delvincourt, ed avvisava che i magistrati dovessero assegnare alla moglie povera sul patrimonio del marito una pensione di alimenti, proporzionata allo stato e alle facoltà di lui, e che fosse maggiore o minore secondo che vi fossero o pur no figli comuni.

Le nostre leggi civili, che quasi sempre seguirono le orme del Codice francese, ma non di raro se ne dilungarono per abbracciare i principî più conformi alla ragione stanziati nella legislazione romana o patria, le nostre leggi dico nei due sopra citati articoli hanno riconosciuto la successione del coniuge superstite povero al coniugo predefunto.

2. L'Imperatore Giustiniano colle novelle costituzioni 53, 71 e 117 delle quali poi Irnerio componeva la autentica *Praeterea* C. *unde vir et uxor*, provvide che il coniuge superstite, maritato senza dote, avesse dritto sul patrimonio dell' estinto consorte alla quarta dei beni in usufrutto, se esistessero più di tre figli comuni, alla virile se più di tre, alla quarta in piena proprietà, se altri eredi concorressero o nissuno.

Praeterea, si matrimonium sit absque dote, *conjux autem locuples sit*, *superstes vero laboret inopia*, succedet *una cum liberis communibus alteriusve matrimonii in quartam*, *si tres sint vel pauciores. Quod si plures sint*, *in virilem portionem*; *ut tamen ejusdem matrimonii liberis proprietatem servet*, *si extiterint: his vero non extantibus*, *vel si nullos habuerit*, *potietur etiam dominio*, *et imputabitur legatum in talem portionem*.

Non fa mestieri ricordare la costituzione 106 dell'imperatore Leone colla quale fu ordinato che la quarta *uxoria* fosse di pieno dominio della moglie, a condizione però di non contrarre nuovo matrimonio; imperocchè tutte le costituzioni di lui, che modificarono e spiegarono le disposizioni di Giustiniano, non che tutte le leggi che forman parte delle *Basiliche* non ebbero mai alcuna autorità di legge nell'Occidente (V. Cujacii *obs.*, lib. 17, cap. 31. Gothofredi in nota 2, *ad proemium nov. costit. imp. Leonis*.

3. Giustiniano con la novella 53 aveva riconosciuto reciproco il dritto dei coniugi sui rispettivi beni, ma colla nov.117, c. 5. statuì quel dritto doversi solo appartenere alla moglie povera sui beni del marito ricco.—Ma il nostro Codice non riguardando più la moglie che il marito, ha riconosciuto che per quel sacro vincolo che ha stretti i coniugi in una sola unità per tutta la vita, essi reciprocamente son

CAPITOLO QUINTO

DELLA ACCETTAZIONE E DELLA RENUNZIA DELLA EREDITÀ.

198. L' erede investito di una successione è libero: 1° di consolidare in lui con l'accettazione volontaria gli effetti del possesso legale; 2° o di svestirsi della sua qualità con una espressa rinunzia, onde schivare le tristi conseguenze che essa potrebbe produrre; 3° di prendere un partito mezzano, accettando sotto condizione e dichiarando di volere essere erede quando l'inventario della eredità gliene garentisse i benefici. 4° Può in fine avvenire che l'assoluto silenzio degli eredi di cui è incerta l'esistenza, quantunque sia possibilissima, lasci nel dubbio se la successione sia o pur nò acquistata ad alcuno.

La legge qui prevede varie ipotesi; di conseguenza divide questo capitolo in quattro sezioni, che trattano successivamente:

il primo, dell'accettazione pura e semplice;

il secondo, della rinunzia;

il terzo, della accettazione col beneficio dello inventario;

il quarto in fine, dell' eredità giacente.

tenuti a prestarsi assistenza, non solo mentre vivono, ma che quest'obbligo deve continuarsi persino dopo la morte.

Però dicesi che al *coniuge superstite* sarà dovuta una pensione sulle rendite ereditarie *del consorte predefunto*.

4. Se non che questo dritto non è stabilito in senso assoluto, ma vien sottoposto alla condizione della povertà del coniuge. Questa però deve essere *relativa*; il che importa che il coniuge si reputerà *povero*, non quando sia del tutto privo dei mezzi *di* sostentamento, ma si quando il suo patrimonio non sia confacente al proprio stato. Ma non deve aversi riguardo allo stato proprio del coniuge; ma a quello che gli era stato dato dal matrimonio. Imperocchè non è morale che la morte del coniuge dovizioso faccia perdere all'altro quel grado sociale a cui lo aveva innalzato il matrimonio.

5. La pensione dovuta è detta *alimentaria* e *vitalizia*, quindi deve regolarsi in pari tempo dalle leggi che determinano gli alimenti e i vitalizi. Di guisa che, se da una parte quello assegnamento sarà privilegiato per ragion di alimenti, dall'altra, esso da questi differenzia in quanto che non ne soffre le medesime vicende, e però la pensione non vien meno perchè cessino i bisogni, ma soltanto per la morte del coniuge.

6. Or questo dritto del coniuge superstite alla pensione alimentaria e vitalizia è senza dubbio un dritto ereditario. Esso si apre come qualunque altro dritto ereditario per la morte del coniuge, si esercita sulla eredità; e dove esistano più di tre figli, vien limitato ai frutti della porzione virile, ossia di una quota ereditaria in ragione del numero dei successibili. Ed è appunto per questo che la legge ha prescritto tal dritto nel titolo *delle Successioni*, e propriamente nella sezione che tratta *dei dritti del coniuge superstite* e dello Stato.

Essendo adunque un dritto successorio la prestazione dovuta al coniuge superstite, non può perdersi che con la vita, e però deve anche continuarsi quand'anche il coniuge superstite passasse a seconde nozze.

Questa idea è stata generalmente ammessa dagli scrittori, non che dalla giurisprudenza (a).

Non ha guari, gli avvocati napolitani signori Mona e Laudati in una breve scrittura discostandosi dalla ordinaria interpretazione, avvisarono che non fosse un dritto ereditario ma di semplici alimenti e però che si perderebbe col passare a seconde nozze.

Ma il sig. Benedetto Crisafulli Zappalà in una pregevolissima scrittura *Il dritto ereditario del coniuge superstite se si conservi contraendosi altro matrimonio. Osservazioni sull'art. 689 delle leggi civili* (Leggasi nelle Monografie della Legge Applicata, v. 1, p. 73 95) diessi a svolgere profondamente e sotto tutti i rispetti questo bel tema, e con la scorta della filosofia del dritto, non che della storia di esso e dello studio delle legislazioni comparate, combatte con la maggiore energia la opinione degli avvocati Mona e Laudati.

(a) V. Commentario a questi articoli dei signori Magliano e Carrillo; Liberatore, *Osservazioni sulle leggi civili*, v. 2, p. 229 30; Miraglia, t. 1, p. 285 nota 1 agli art. 689 e 690; Berardinis, *Repertorio di dritto civile delle due Sicilie*, v. 3, cap. 6, all'art. 689; Gigli, *Osservazioni sul programma di Demante*, vol. 2, p. 167; Agresti, vol. 8, pagina 75.

S. R. C. *nel* 1740 nella causa della Duchessa di Casamassima già moglie del duca di Parete.

Palermo gran Corte civile, 1 luglio 1840, Cafisi contro Lombardo donna Giuseppa e consorti. — 5 agosto 1840, Tempra contro Pagano in Tempra; ved. Decisioni di Ferro e De-Caro, volume 2, pagina 736 e 814.—Palermo 23 dicembre 1833, Curreri contro Giudice donna Gaudenzia vedova Curreri. — 25 settembre 1845, Spadaro e Navarro.

SEZIONE PRIMA

DELL' ACCETTAZIONE.

774 (691). — L' eredità può essere accettata puramente e semplicemente, o col benefizio dell' inventario.

199. Il beneficio d' inventario è il solo modo, la sola restrizione che si possa apportare all'accettazione d'una eredità. Così, può dirsi (in ciò consistendo l'accettazione beneficiata): « Io rimarrò erede se le uscite delle eredità non sorpassino le entrate. » Ma è questa l' unica condizione da potersi apporre ad una accettazione la quale, da questo caso in fuori, dev' essere interamente pura ed assoluta.

Onde non si può dire: io accetto a condizione che accetterà pure il mio coerede, o che non sarebbe annullata la accettazione da lui fatta; ovvero io mi condurrò da erede ma per soli due anni, ecc. ecc.

Del resto si sa che la successione devoluta ad un minore non può essere mai accettata che col beneficio (art. 461 (384)).

775 (692). — Nessuno è tenuto ad accettare una eredità che gli sia devoluta.

200. In Roma, nei principi del dritto civile, i discendenti del defunto erano suoi eredi necessarî e si trovavano a forza sottoposti, non ostante una volontà contraria, a tutti i carichi della successione di lui; quindi il Pretore li pose in sicuro da queste disastrose conseguenze, accordando loro il beneficio *abstentionis*, che conservandoli eredi salvava i loro beni personali dall'azione dei creditori (*Instit. Just*, L. 2, t. 19, § 2). In Francia non si è seguito il sistema romano: la nostra antica giurisprudenza ammetteva la massima, *non è erede chi non vuole*, e il nostro articolo dichiara parimente che nissuno è tenuto ad accettare una eredità.

L' articolo, del resto, non significa che ciascuno è libero di non divenire erede; perchè vedemmo (art. 724 (645)), che i parenti successibili divengono eredi e sono investiti di pieno dritto per la morte del defunto: l' articolo adunque significa che ciascuno è libero di non rimanere erede, e che può sempre svestire tal qualità con una rinunzia. Ciò si vedrà ancora nell'articolo 784 (701) il quale dice che l' erede rinunziante è considerato come se non fosse stato mai erede; se è considerato come se mai non fosse stato, egli dunque lo era.

776 (693). — Le donne maritate non possono validamente accettare un' eredità senza l' autorizzazione del marito, o del giudice, in conformità delle disposizioni del capo VI titolo del *Matrimonio*.

Le eredità devolute ai minori ed agli interdetti, non possono validamente accettarsi, se non secondo il disposto dal titolo *della Minore età, della Tutela e dell' Emancipazione*.

201. Si sa che le eredità devolute ai minori, anche emancipati, o agli interdetti, non ponno regolarmente essere accettate, (*o rinunziate*, quantunque qui nol dica la legge), che dal loro tutore previa l' autorizzazione del consiglio di famiglia (articoli 461, 484, 509 (384, 407, 432)). Si sa egualmente che la eredità devoluta alla donna maritata non può essere rinunziata o accettata che con l'autorizzazione, 1° del marito se è presente e capace; 2° del giudice se il marito si ricusa o è assente interdetto o minore , e se la moglie fosse minore, il marito che è il suo curatore legale, non potrebbe assisterla che previa la autorizzazione del consiglio di famiglia (V.

gli articoli 217, 219, 221, 222, 224 e 225, n. III) (206, 208, 211, 213 e 214).

Del rimanente l'accettazione o la rinunzia fatta da uno di questi incapaci non sarebbe nulla, bensì solo annullabile; nè potrebbe essere annullata che sulla dimanda dell'incapace che agisce per mezzo del tutore o del marito mentre dura la incapacità, o agisce da se stesso, cessata quella, ed entro i trenta anni da quel termine.

777 (694). — L'effetto dell' accettazione si retrotrae al giorno in cui si è aperta la successione.

202. Questa evidente massima, non avera bisogno, almeno in generale, di essere scritta nel Codice. Dacchè l'erede più prossimo è di pieno dritto investito sin dalla morte del defunto (art. 724 (645)); e dacchè, per altra parte, se questo erede investito si spoglia con una rinunzia, vien considerato come non mai investito, ed esserlo stato in suo luogo fin dal principio l'erede più lontano, ne conseguita di necessità che in tutti i casi ordinarî, l'accettazione che vien consolidando la investitura ha un effetto retroattivo al giorno della apertura della eredità: in qual siasi punto abbia avuto luogo, produce necessariamente i medesimi risultati che se fosse stata fatta immediatamente all'apertura.

Ora in un caso particolare questo effetto retroattivo della accettazione non era una conseguenza dei principî altrove stabiliti, e per cui diviene inutile il presente articolo. Vedremo coll'art. 790 (707) che l'erede fatto estraneo alla eredità, con una espressa rinunzia, è riammesso ad accettarla finchè altri non l'abbia accettata, nè sia prescritto il dritto di accettare. In questo caso la accettazione non ha più solo lo effetto di rendere irrevocabile la qualità di erede che già si aveva, ma di dare questa qualità che più non aveva lo accettante. Tornava dunque meglio il dire allora, che lo effetto dell'accettazione risalirebbe sempre al giorno della apertura e che lo erede si considererebbe come se tale fosse stato sempre.

778 (695). — L' accettazione può essere espressa, o tacita: è espressa quando si assume il titolo o la qualità di erede in un atto autentico o privato; è tacita, quando l' erede fa un atto che suppone necessariamente la sua volontà di accettare l'eredità, e che non avrebbe egli diritto di fare, se non nella qualità di erede.

SOMMARIO

I. Quando evvi tacita accettazione?
II. Quando accettazione espressa?
III. L' articolo è mal compilato per l' uno e l' altro caso.

I. — **203.** L' accettazione d' una eredità non è nè può essere, che la manifestazione della volontà di essere erede; la quale può farsi o con fatti o con parole, *re aut verbis;* nel primo caso è tacita, nel secondo, espressa. Ma nell' uno che nell' altro bisogna per fermo che la volontà sia certa, e indicata in modo da non lasciar dubbio.

E primieramente, per l' accettazione che si fa *re* senza espressa dichiarazione, ci vuole un atto, ossia un fatto che il successibile non abbia potuto compiere che col disegno di amministrare da padrone i beni della eredità. Ciò significano le due prime frasi del nostro articolo, di cui l'ultima è una inutile ridondanza. La legge domanda un atto « che supponga necessariamente nello erede la sua volontà di accettare », e ciò diceva tutto; ma aggiunge: « e che non avrebbe egli diritto di fare se non nella qualità di erede. » Ora se ciò s' intendesse in un senso assoluto e come una seconda condizione dalla prima, distinta, s'incorrerebbe in errore: non si

tratta di un atto che l' erede *realmente* non avrebbe il dritto di fare se non nella qualità di erede, ma di un atto che sia tale nel *suo pensiero*.

Per modo di esempio, il figlio del defunto mi dice: io vi vendo la casa della strada di Vaugirard n. 50, proveniente dalla eredità di mio padre, mentre essa non fa parte della eredità cui credeva appartenere. Vi è accettazione, essendovi un atto che egli nel suo *pensiero* non ha potuto fare che nella qualità di erede; un atto che suppone necessariamente il suo intendimento di accettare (quantunque in realtà la qualità di erede non gli desse il dritto di farlo). Per l' incontro, se egli ha dichiarato vendermi come parte del legato lasciatogli da un amico, una casa, che senza saperlo, fa parte della eredità di suo padre, non avvi accettazione, sebbene quell' atto realmente non avrebbe potuto fare che nella sua qualità di erede; imperocchè non è quello un atto che nel suo pensiero egli non ha potuto fare che con questa qualità, nè tale che suppone necessariamente il suo intendimento d' accettare. Per altro, quando l' erede, dopo aver disposto d' una cosa ereditaria, pretenderà non avere con ciò accettato, senza dubbio, conosciuto l'errore in cui versava, spetterà a lui di provare la verità del suo asserto, il suo errore.

II. — 204. Del pari unicamente la manifestazione di un intendimento certo potrà costituire l' accettazione espressa; nè basterebbe sempre che il successibile abbia assunto in un atto la qualità di erede. In fatti la parola *erede* non pure nel parlar comune, ma nello stesso Codice, significa ora quello a cui la eredità è irrevocabilmente acquistata, ora quello solamente che è chiamato a raccoglierla, ed è libero di accettarla o ripudiarla, ora anche quello che formalmente ha dichiarato di non volerla: così lo art. 790 (707) ci parla degli « eredi che hanno rinunziato ». Essendo così, è impossibile pretendere che io abbia accettato per aver solo assunto la qualità di erede; e più della seconda parte dell' articolo, è ancor peggio compilata la prima.

Quando io fo fare per mezzo di un usciere ai miei due cugini la notificazione che io sono al par di loro erede del defunto, e per conseguenza mi oppongo alla rimozione dei suggelli senza la mia presenza, senza dubbio io non accetto, quantunque abbia tolto il *titolo* e la *qualità di erede*; perchè in questa circostanza la parola *erede* vale evidentemente *abile a succedere*. Se al contrario ho dichiarato ai creditori dell'eredità, anche con semplici lettere missive, che io non voglio, che che ne possa seguire, macchiare la memoria di mio padre e che essi ponno contare di essere soddisfatti dei loro crediti, io senza dubbio accetto, benchè non abbia adoperato la parola di erede. — Nè basterebbe tampoco qualunque dichiarazione, che indichi anche molto positivamente la intenzione di condursi da padrone; ci vuole una dichiarazione scritta, e contenuta in *un atto*. La legge conoscendo essere cosa troppo grave l' accettazione d' una eredità, non vuole che risultasse da una semplice dichiarazione verbale.

III. — 205. Il nostro articolo doveva adunque restringersi a dire, che l' accettazione risulta da qualunque *fatto* o da qualunque *dichiarazione scritta*, che manifestino in modo certo lo intendimento di condursi da *padrone dell'eredità*.

Ma quali fatti e quali dichiarazioni scritte manifesteranno abbastanza questo intendimento? Non è questa una quistione di dritto; è un punto di fatto che non potendosi decidere *a priori* nè dal Codice, e nemmeno dai suoi interpetri, per la stessa forza delle cose è lasciato allo arbitrio dei tribunali, che in ogni affare lo decideranno secondo le circostanze.

Si può del resto osservare che la parola *atto* è adoperata nel nostro articolo in due sensi diversi; nella prima parte vale *uno scritto*, nella seconda *un fatto*.

779 (696). — Gli atti semplicemente conservatori, di vigilanza e d'amministrazione

provvisionale, non sono atti di adisione di eredità, se con essi non siasi assunto il titolo o la qualità di erede.

206. Gli atti che non han di mira che la conservazione e la sorveglianza delle cose ereditarie, e tutti quelli che richiedono i bisogni di una semplice amministrazione, evidentemente interessano all'abile a succedere, per ciò solo che egli potrebbe in appresso decidersi ad accettarla; è dunque impossibile vedere un'accettazione nel fatto di averli egli compito. Così, abitare la casa per custodire i mobili, rinnovare le iscrizioni presso a perimersi, avanzar domande per interrompere le prescrizioni, fare eseguire urgenti riparazioni, ecc., sono tali atti che un erede quand' anche volesse rinunziare, potrebbe fare anche nello interesse stesso dei creditori ereditari.

Di più il nostro articolo dichiara che questi atti non importano accettazione. La giurisprudenza riconosce che nel novero di questi atti bisogna mettere il pagamento dei dritti di mutazione (1).

La legge però esige per condizione che il successibile non abbia nell'atto assunto la qualità di erede. Ma noi abbiamo veduto che questa qualità potrebbe assumersi senza seguirne l'accettazione, la quale potrebbe riconoscersi e stabilirsi da tutte insieme le circostanze. — Del resto farà meglio un successibile, assumendo la qualità di abile a succedere anzichè quella di erede, e astenendosi dagli atti, della di cui importanza potrebbe dubitarsi, ovvero compiendo questi previa l' autorizzazione del giudice.

780 (697). — La donazione, la vendita o la cessione che uno dei coeredi faccia de' suoi dritti di successione, sia ad uno estraneo, sia a tutti i suoi coeredi, ovvero ad alcuno di essi, inducono la accettazione dell'eredità per sua parte. Lo stesso ha luogo, 1° per la rinuncia fatta anche gratuitamente da uno degli eredi a vantaggio di uno, o più dei suoi coeredi;

2° Per la rinuncia fatta anche a profitto di tutti i suoi coeredi indistintamente, quando riceva il prezzo della sua rinuncia.

207. Qualunque atto di disposizione dei beni ereditarî importa necessariamente una accettazione, non potendo disporre delle cose, che quando si ritiene esserne proprietario. Allorchè dunque un erede consente in vantaggio di non so chi una vendita, una donazione, una permuta, o qualunque altra alienazione dei suoi dritti, egli perciò accetta secondo il nostro primo paragrafo.

Dubitavasi un tempo di ciò, essendovi donazione in vantaggio di tutti gli altri eredi indistintamente: perchè si diceva che l'abbandono facendosi allora gratuitamente come mercè la rinunzia, e dovendone vantaggiare tutti gl' interessati sempre come di una rinunzia, potevano rassomigliarsi i due atti senza badare alla differenza dei termini. Ma era errore: non solo nelle parole, ma anche nelle cose avvi una gran differenza. Invero, oltre che donare vale agire da padrone, evvi pure questo importante risultato, che la donazione impone alcuni obblighi ai donatarî, i quali potrebbero essere privati per causa d'ingratitudine della cosa donata (art. 955 (880)); altronde la donazione fatta da chi non ha discendenti, sarebbe di pieno dritto rivocata per la sopravvenienza di un figlio legittimo (articolo 960 (885)). Il nostro Codice adunque ebbe ragione di dichiarare che la donazione importi accettazione, come l'aliena-

(1) Grenoble, 12 agosto 1826; Lione, 17 luglio 1829; Tolosa, 17 giugno 1830; Limoges, 19 febbraro 1831; Parigi, 5 giugno 1836; Bourges, 25 agosto 1841; Rig., 1 febbraro 1843 (Dev., 28, 2, 271; 20, 2, 302; 301, 2, 66; 33, 2, 477; 43, 1, 438).

zione fatta in qualunque altro modo.

208. Quando l'erede che dichiara di rinunziare, aggiunge di non far ciò che in vantaggio di questi o di quelli altri eredi, senza dubbio evvi sotto il mentito nome di rinunzia una vera donazione in vantaggio di coloro per cui la rinuncia è stata fatta. Di conseguenza, questa pretesa rinunzia importa anche accettazione, come ben dice il nostro secondo paragrafo. Ed essendovi in questo caso realmente una donazione, ne conseguita che l' atto, onde sortire il suo effetto, dovrebbe essere steso avanti il notaro coll'accettazione formale da parte degli eredi in pro di cui è consentito; fatto in cancelleria nella forma delle ordinarie rinunzie, o fatto avanti il notaro senza la menzione dell'accettazione dei donatari, desso sarebbe nullo per vizio di forma (art. 931 e 932 (855 e 856). Ma questa nullità non impedirebbe che l'atto valesse accettazione di eredità, essendovi manifestazione della volontà di condursi da proprietario.

209. Che se in ultimo l'abbandono dei dritti è fatto assolutamente e in vantaggio di tutti senza distinzione, mercè qualunque prezzo, o con condizione di obblighi imposti a quelli che debbono profittarne, non è neppure una vera rinunzia, ma una vendita, o per lo meno un atto a titolo oneroso, e per conseguenza evvi ancora accettazione, come dice l'ultimo paragrafo.

In questi diversi casi, l'erede si sarebbe irrevocabilmente impressa la qualità di rappresentante del defunto, e potrebbe essere perseguìto dai creditori per pagare, anche oltre il valore della eredità, la sua parte dei debiti.

Per esservi vera rinunzia, bisogna che sia fatta assolutamente e gratuitamente, cioè in profitto di tutti quelli che la legge chiama ad avvantaggiarsene, e senza che il rinunziante riceva alcun compenso. Nulla per altro è più facile di fare una vera rinunzia, bastando la semplice dichiarazione: io rinunzio a questa successione.

781 (698). — Quando colui a favore del quale si è aperta una successione, è morto senza averla ripudiata ed accettata espressamente ovvero tacitamente, i suoi eredi possono per diritto proprio accettarla o ripudiarla.

SOMMARIO

I. La successione per trasmissione di cui qui si parla, non forma da noi un modo particolare di successione.

II. Confutazione della dottrina contraria di alcuni autori e specialmente di Duranton.

I. — 210. Allorchè muore un erede senza aver ripudiato nè accettato una eredità, egli muore erede, investito della successione, proprietario dei beni; di conseguenza, il suo erede ne diviene proprietario come lui. Se non che siccome questo erede defunto che non aveva accettato, era libero di svestirsene colla rinunzia, il suo erede ha la stessa facoltà. In breve, il dritto dello erede defunto, e quale egli lo aveva, trovasi nella sua eredità, e passa ai suoi successori. Questa, come si vede, è l'applicazione pura e semplice del principio generale che vuole, che tutti i dritti di una persona trapassino per la sua morte ai suoi eredi; nulla di particolare ci è in questa trasmissione compita secondo le regole ordinarie.

Alcuni autori intanto han veduto in questo caso un nuovo modo di chiamata, e trasportando qui, dal dritto romano nel nostro dritto francese, una distinzione che aveva in Roma una causa che da noi non ha, hanno detto esservi tre modi di successione, tre sistemi di chiamata ad una eredità: 1° la chiamata diretta e *proprio jure;* 2° la chiamata *per rappresentazione,* e 3° la chiamata *per trasmissione.* Inesatta è questa idea. Senza dubbio vi è allora trasmissione, ma quella ordinaria, quale ha luogo in tutti i casi possibili per

tutte le cose dell'eredità, e secondo le regole generali: il dritto di consolidare la proprietà di tal successione, accettandola, o di spogliarsene rinunziandola, appartenendo al defunto, era entrato a far parte del patrimonio di lui per la sua morte passa, e trasmettesi al suo erede con tutti gli altri suoi dritti. In Roma avveniva altrimenti, e la qualificazione di successione per trasmissione aveva un senso tecnico, che dava una causa legittima alla distinzione.

II. — 211. Difatti, i Romani distinguevano: 1° gli eredi che sono sotto la potestà del defunto al tempo di sua morte o come figli o come schiavi, e si chiamavano eredi suoi o necessari, 2° poi quelli che non dipendevano dalla sua volontà, e si chiamavano eredi estranei o volontari. I primi erano eredi di pieno dritto come da noi; i secondi all' incontro non lo divenivano che rivestendosi essi medesimi del titolo di erede per le vie legali, cioè facendo adizione dell' eredità *(adire, ire ad haereditatem)*. Dunque, quando un erede esterno era morto senza aver fatto adizione, moriva non erede, e i suoi successori non avevano alcun dritto alla eredità che era stata devoluta al loro autore. — In tale stato di cose una costituzione di Teodosio volle che per derogazione ai principî, il dritto di fare adizione passasse ad alcuni eredi del chiamato; e poi Giustiniano estese tal favore a tutti gli eredi di un chiamato morto entro l' anno accordatogli per deliberare, se dovesse o no fare adizione (*Instituta Just.*, I, 2, tit. 19, § 4 e 5; Cod. I. 6, tit. 30, 19). Questa trasmissione del dritto di fare adizione non compiendosi che in certi casi, fuori le regole ordinarie, in derogazione ai principî generali, e sotto speciali condizioni, era dunque un modo particolare di successione, e ben poteva logicamente distinguersi da qualunque altra la successione per trasmissione eccezionale: *Sancimus, si quis... deliberationem meruerit... arbitrium in successionem suam trasmittat: ita tamen ut unius anni spatio eadem trasmissio fuerit conclusa.* Ma questo modo particolare non esiste più da noi, o per dir meglio questo caso da noi nulla presenta di particolare, non esistendo più il principio al quale faceva eccezione. Qualunque erede essendo oggi tale di pieno dritto per la morte del defunto (art. 724 (645)), e la accettazione avendo per oggetto non di conferire la qualità di erede ma di rendere irrevocabile la qualità già esistente, la trasmissione del dritto di accettare non è se non la semplice applicazione del principio generale.

Non è dunque esatto indicare come un dritto particolare quello di trasmissione, siccome fanno Duranton (VI.-406) ed altri autori. Parlandosi della successione per trasmissione si suppone alcun che di speciale nei fatti, nelle circostanze materiali (il fatto della morte dell' erede che non ha accettato nè ripudiato); ma non ci è nissuna specialità nel dritto.

Nemmeno è esatto il dire che questa trasmissione è effetto della *saisine*, che è la investitura legale del *possesso;* essa è l'effetto della sola investitura della *proprietà*. Siccome la morte dell' erede legittimo che aveva e la proprietà e il possesso dei beni, trasmette al suo erede l' una e l' altro, parimente la morte del successore irregolare che aveva la proprietà senza il possesso, trasmette agli eredi di costui quella senza di questo.

Evvi contraddizione in questa frase di Duranton: « questo dritto risulta dall' immediato possesso...., ed esiste altresì pei successori irregolari. » Esistendo per questi ultimi che non hanno l' immediato possesso, non deriva dunque dall' immediato possesso.

212. È inutile avvertire, che, se l'erede oggi defunto, anzichè tacere abbia accettato o ripudiato la eredità devolutagli, i suoi eredi non hanno più la scelta di cui parla il nostro articolo. La successione accettata da lui è stata irrevocabilmente unita al suo patrimonio, e bisogna prenderlo o ripudiarlo tutto. Rinunziata, non fa parte del patrimonio di cui i suoi eredi son costretti a contentarsi, salvo il caso, già notato, dello art. 990 (916) che sarà più appresso spiegato.

782 (699) — Se questi eredi non siano fra loro d' accordo per accettare o ripudiare l'eredità, deve questa accettarsi col beneficio dell' inventario.

213. Quando l'erede muore senza avere accettato nè ripudiato, lasciando parecchi eredi, questi accettata la sua successione possono non essere di accordo intorno all'accettazione di quella che era devoluta al defunto: avvisando l'uno, che essendo troppo ingenti i debiti bisogna rinunziare, l' altro, che i beni sorpassano i debiti e convien meglio accettare... Il nostro articolo toglie di mezzo le difficoltà, dichiarando che questo dissentimento fra gli eredi importi obbligo di accettare col beneficio dell' inventario.

Saviissima sarebbe questa disposizione, se il disaccordo degli eredi non potesse avere altra causa da quella in fuori che abbiamo indicato; l'accettazione beneficiata darebbe la certezza di non pagare i debiti oltre il valore dei beni, nel tempo medesimo che guarantirebbe i vantaggi da trarre dalla eredità, caso che i beni sorpassassero i debiti. Ma evvi un' altra circostanza a cui la legge pare non abbia pensato. L' accettazione beneficiata obbliga alla collazione al pari della accettazione pura e semplice. Ora il defunto può aver ricevuto da quello la di cui successione gli è deferita, una donazione pressocchè eguale alla porzione di eredità devoluta al defunto; e qui pure uno dei suoi eredi intende accettare, mentre l' altro vuol rinunziare. In questo caso, come si scorge, l' accettazione beneficiata non salverà del pericolo. Che se la cosa donata e soggetta a collazione, anzichè essere a un di presso eguale alla parte di eredità da raccogliere, la sorpassi di gran lunga, divien maggiore lo sconcio; e se uno degli eredi, per osservanza forse alla memoria del primo defunto (quello che ha fatto la donazione), e forse altresì per connivenza con quelli ai quali può giovare la collazione, pretende accettare la eredità, i suoi coeredi saran costretti contro la loro formale volontà a fare una accettazione, che in luogo di aumentarlo scemerà il patrimonio!... Sopprimendo qui la regola dell' antico dritto, la quale voleva, che essendo in disaccordo i coeredi, i tribunali fossero chiamati a decidere il *quid utilius*, i nostri compilatori l' hanno sostituita, come vedesi, con una regola ancora più fastidiosa; mentre era cosa semplice autorizzare ogni erede separatamente ad accettare o ripudiare a suo grado, come si è fatto nell'art. 1475 (T). *Ma statuit lex.*

214. Duranton, tuttocchè ammetta come noi questo risultamento, da cui tenta invano liberarsi Delvincourt in vista dei termini tanto positivi del nostro articolo, Duranton dico insegna (VI-411), che gli eredi costretti così a subire una svantaggiosa collazione, potrebbero esigere dal loro coerede i danni ed interessi, in virtù dell'articolo 1382 (1336) dichiarante, che ogni persona è obbligata a ristorare il danno cagionato per colpa propria. Ma è questo un errore, non trattandosi nell' art. 1382 (1336) di qualunque danno assolutamente, ma soltanto di quello cagionato senza dritto, *damnum sine jure factum*. Così, sotto il pretesto che gli alberi da me piantati vicino il vostro terreno. facciano che il vostro grano non spunti, voi non potreste domandarmi danni ed interessi se gli alberi sien piantati alla distanza voluta, avendo io usato del mio dritto.

Or l'erede, nella specie nostra, dichiarando di volere accettare, ha usato pure del suo dritto; e poi la legge non gli ha detto che la sua dichiarazione imporrebbe a tutti una accettazione beneficiata.

Gli altri eredi non potrebbero schivare le conseguenze dell' articolo nostro, che nel caso in cui proverebbero che il loro coerede non abbia accettato che per frode, e per connivenza con quelli che dovrebbero avvantaggiarsi della collazione. In questo caso la sua accettazione sarebbe dichiarata nulla, e non sarebbe dovuta la collazione: *fraus omnia corrumpit.*

783 (700). — Il maggiore d'età non può impugnare l'accettazione espressa o tacita da esso fatta di un'eredità, salvo nel caso in cui tale accettazione fosse stata la conseguenza di un dolo usato verso di lui: egli non può addurre mai verun reclamo sotto pretesto di lesione, toltone il caso in cui l'eredità si trovasse assorbita o diminuita più della metà, per essersi scoperto un testamento del quale non si aveva notizia al tempo dell'accettazione.

SOMMARIO

I. Attenenza del nostro articolo colle cause generali di annullamento dei contratti.

II. Qui il dolo è in rem *in luogo di essere solamente* in personam. *Perchè. Errore di Chabot e Delvincourt.*

III. La restituzione che ha luogo per essersi trovato un testamento, non occorrerebbe egualmente se la maggior parte dei beni fosse tolta per qualunque altra causa.

IV. Il nostro articolo si applica all'erede beneficiato ed all'erede puro e semplice.

V. Quid *della violenza e dell'errore?*

VI. L'articolo non parla che dell'accettazione del maggiore; quid *di quella del minore? Rimando all'art. 1305 (1259) per lo strano sistema del Codice sull'incapacità del minore.*

VII. Entro qual termine può essere domandata la restituzione.

VIII. Quali effetti essa produce. Errore di Delvincourt e Duranton. — Altro errore di Chabot.

I. — 215. Secondo i principî generali, i maggiori capaci possono essere restituiti contro i loro atti, il che vale poterli fare annullare per quattro cause: 1° *l'errore* che cade sull'oggetto della convenzione (art. 1110 (1064)); 2° la *violenza*, qualunque ne sia l'autore (art. 1111 (1065)) 3° il *dolo*, quando è stato praticato dalla parte in pro di cui è consentito l'atto (articolo 1116 (1070)); 4° in fine la *lesione*, ma solo nei casi speciali indicati dalla legge (art. 1313 (1267)). Vediamo adesso come il Codice qui applichi queste idee generali. Ci occuperemo da prima del dolo e della lesione, le sole cause di annullamento ammesse dai termini del nostro articolo; tratteremo di poi dell'errore e della violenza da esso non accennati.

II. — 216. Il dolo, cioè lo impiego di raggiri per ingannare alcuno, e senza i quali questi non avrebbe contrattato, è qui una causa di nullità per se stessa e senza bisogno di riguardare, se è stato praticato da coloro a cui l'accettazione deve giovare. Esso vizia assolutamente l'atto in se stesso, cade in *rem* anzichè produrre solo il suo effetto in *personam* come nei casi ordinarî. La dottrina contraria di Chabot (n° 5) e di Delvincourt, i quali contro il testo del nostro articolo vogliono che il dolo, qui come altrove, non sia opponibile che a colui che l'ha praticato, ci pare un errore bene a ragione non ammesso dal più degli scrittori (1).

Di leggieri infatti si comprende, perchè la legge qui non esiga per lo annullamento per causa di dolo, la circostanza della personalità che chiede l'art. 1116 (1070).

In questo articolo si tratta di contratti, di atti formati per la volontà riunita di varie parti interessate, cotalchè ciascuna parte ha dovuto contare sulla obbligazione che verso di lei si consentiva. Qui per lo incontro, l'accettazione dell'erede è stata un atto della sua sola volontà, compiuto senza lo intervento dei creditori ereditarî, i quali non dovevano contarvi, e potevano aspettarsi tanto una rinunzia che una accettazione. Questi creditori avevano contrattato col defunto, e su lui solo potevan contare come lor debitore, i soli suoi beni dovevano aversi come garenzia; la sopravvenienza dell'erede come debitore, e dei beni proprî di lui come garenzia, è stata

(1) Duranton (VI-452); Vazeille (n. 3); Dalloz *Rep.*, (*Success.*, cap. 5); Poujol (n. 2); Belost-Jolimont (*sopra Chabot*); Zachariae (IV, p. 263).

per essi un buon successo avvenuto fuori le previsioni del loro contratto. Non fa dunque maraviglia che la legge mi restituisca più facilmente contro la mia accettazione di una eredità, che contro l'obbligazione stipulata verso di me dall' altro contraente; non fa maraviglia, che il dolo di cui io sono stato l' oggetto e senza di cui non avrei accettato, mi faccia restituire rispetto a tutti i creditori legatari o coeredi, quantunque questo dolo non sia stato praticato che da uno di essi o forse anche da una terza persona.

Certamente spetta all' erede provare il dolo di cui pretende essere stato vittima, e ai tribunali il decidere che il dolo sia stato tale, che senza di esso lo erede non avrebbe per fermo accettato.

III.—217. La lesione, ed anche la semplice eventualità di una possibile lesione, forma qui una seconda causa di restituzione non assoluta, e in qualunque circostanza, ma in un caso specialmente determinato: cioè quando l'erede scopre dopo la sua accettazione un testamento che gli toglie più della metà dei beni.

È questa la sola circostanza, che permetta di restituirsi per lesione lo erede maggiore. Così quand' anche l' erede scoprisse che i tre quarti dei beni fossero stati alienati vivente il defunto, o con una donazione o con una vendita fatta con riserba dell' usufrutto (in guisa che i beni erano rimasti nel possesso del defunto, e pareva che ancora gli appartenessero): ovvero se vedea dopo la sua accettazione affacciarsi un debito maggiore della metà dei beni, siffatte circostanze non gli permetterebbero di farsi restituire; la restituzione è una facoltà del tutto eccezionale, la quale perciò non può essere ammessa per cause diverse da quelle indicate nel nostro articolo. E in effetto, un considerevole debito potrà spesso essere sospettato, sia per gli acquisti che lo hanno cagionato, sia per lo impiego dei capitali provenienti da un mutuo; sarà lo stesso della vendita di una gran parte di beni, o una donazione sarà sempre nota nello studio del notaro e nell' officio del registro, per modo che avrebbe dovuto trapelarsene qualche cosa; in fine i creditori, compratori o donatari si faranno per lo più conoscere al giorno della morte del defunto. Un testamento, per lo incontro, può essere ignoto a tutti assolutamente, anche a quello in di cui vantaggio è fatto... Che che ne sia per altro dei motivi, la legge non parla qui del testamento; e noi non possiamo andare più in là, trattandosi di una eccezione.... Al tempo della discussione al Consiglio di Stato, fu proposto di aggiungere all'articolo presente, il caso che si scovrissero considerevoli debiti, e la proposta fu rigettata (Fenet, XII, pagina 45 e 46).

La scoverta di un testamento che tolga più della metà dei beni, forma adunque col caso del dolo le sole cause di restituzione.

Così, un erede sapendo gravata solamente di 15,000 franchi di debiti una eredità di 50,000, l'accetta, e paga i debiti; poi scovre un legato di 30,000 franchi. . . Gli è vero che ha onde pagarlo possedendo ancora 35,000 franchi, e restandogliene 5,000 soddisfatto il legato. È altresì vero che nel caso si scovrissero ancora debiti di 10, 12 o 15,000 franchi, la di cui esistenza sembrava probabile, egli potrebbe agire contro il legatario per essere da lui rimborsato di tutto ciò che pagherebbe del suo denaro; dacchè i legati non sono dovuti che sul rimanente dei beni, pagati i debiti (1).

Ma la sola eventualità che questo legatario potrebbe esser divenuto insolvente, ha determinato il legislatore a permettere lo annullamento della accettazione. In breve, tostochè si scopre un testamento ignoto sino alla accettazione, e che fa perdere all' erede più della metà della successione, per questo solo, e quantunque lo erede non ne soffra alcun danno, può

(1) Vedremo più appresso, art. 1017 (971), che l'erede non è mai tenuto *ultra vires bonorum* al pagamento dei legati, come lo è al pagamento dei debiti.

aver luogo la restituzione. La legge ha pensato che questo erede non si è sottoposto alle vicende di una accettazione pura e semplice o anche agli imbarazzi e agli obblighi che dalla accettazione beneficiata derivano, che contando sulla totalità dell' entrate.

La cosa andrebbe dell'ugual modo tanto per un legato universale o a titolo universale, che per un legato particolare; e la contraria opinione, da noi prima adottata, ci sembra inesatta. In fatti la scoverta di un testamento non può recar pregiudizio all' erede, che stante la insolvibilità del legatario, scoprendosi nuovi debiti dopo soddisfatto quello; or tale insolvibilità può presentare tanto il legatario universale o a titolo universale, che il legatario particolare. È vero che il legatario universale o a titolo universale sarà obbligato di contribuire al pagamento dei debiti proporzionalmente a ciò che prende (art. 871 (792)); ma siccome il dritto di perseguire non si misura che dalla parte che debbono contribuire i successori del defunto; che un erede, anche di contro ad un legatario di tre quarti, potrebbe essere perseguito per il tutto; salvo il suo regresso contro quello (art. 378 (305)) il quale sarebbe inutile essendo il legatario insolvibile, noi crediamo non doversi distinguere siccome fa la legge, e la restituzione doversi accordare quantevolte il testamento scoverto dopo l'accettazione tolga più della metà dei beni.

IV.—218. Abbiamo detto di volo nel numero precedente che la scoverta del legato che tolga all'erede più della metà dei beni gli consentirebbe di farsi restituire anche contro un'accettazione col beneficio. In fatti il nostro articolo non distingue nè doveva distinguere.

L' accettazione col beneficio può dapprima cagionare una notabile lesione mercè le collazioni a cui essa obbliga. Oltre a ciò, essa produce all'erede difficoltà, cure di amministrazione, perdita di tempo, e una responsabilità di cui conviene liberarlo se la sua accettazione non si trovi validamente fatta. Quando dunque questa accettazione è la conseguenza del dolo o è seguita della scoverta di che parla il nostro articolo, essa può essere annullata come un' accettazione pura e semplice.

Da altra parte si presenta qui una osservazione che ben dimostra la nostra proposizione. Vedremo nel numero seguente che la parola dolo è qui presa in un senso generico per dinotare tanto la violenza che il dolo propriamente detto.

Ora nissuno oserebbe negare che l' accettazione beneficiata non sia annullabile per violenza. Ma dacchè essa è certamente annullabile per violenza, la quale è compresa nel nostro articolo, questo dunque si applica tanto alla accettazione beneficiaria che a quella pura e semplice.

V.—219. Vediamo ora quali sarebbero rispetto all' accettazione gli effetti del dolo e della violenza di cui non parla il nostro articolo.

Dapprima la violenza è certamente una causa di nullità dell' accettazione; non se ne può dubitare, perchè se il semplice dolo la produce, la violenza è una causa di nullità più energica di quello, come vedesi ravvicinando gli articoli 1111 e 1116 (1065 e 1070). Dunque quando anche realmente tacesse sul proposito il nostro articolo, questa decisione non dovrebbe esser per questo ammessa. Se non che il silenzio è apparente, non reale: la violenza è qui compresa nella espressione generica di dolo...., la violenza alla fine è un caso di dolo. In effetto, per dolo intendonsi tutti i raggiri sleali, tutti i mezzi disonesti impiegati ad ottenere un consenso, che la persona non avrebbe dato se non fosse stata raggirata; or questo consenso può essere strappato a viva forza o pel timore di cattivi trattamenti, o per artificio o inganno; nell' uno che nell' altro caso evvi raggiro cattivo e colpevole dolo frode. Il timore impresso da queste violenze sente anche del dolo *metus dolum in se recipit*. La legge nel titolo delle obbligazioni convenzionali ha distinto il dolo per violenza, e quello per artificio o inganno, perchè producono effetti diversi; ma qui dove il semplice dolo ha la me-

desima forza del dolo per violenza, e come esso cade *in rem*, era naturale che il legislatore esprimesse tutto il suo pensiero con unica espressione.

L' errore non è qui causa di nullità che in quanto si confonde con la lesione reale o eventuale risultante dalla scoverta del testamento: l' erede che credeva essere oggetto della sua accettazione questi e quei beni, ove li trovi posti fuori la successione *ab intestato*, per più di metà, per uno o più legati sarà restituito. Ma se questi beni da lui creduti far parte della successione intestata, fossero stati donati o venduti, o non mai fossero appartenuti al defunto; o se gli fossero stati tolti mediante una azione di rivendica o di rescissione che egli ignorava; o se l'eredità da lui ritenuta scevra di debiti, ne fosse in vece gravata; in questi diversi casi la restituzione non fosse più ammessa sebbene siavi errore.

VI. — 220. Nel nostro articolo si parla solo dell' accettazione del maggiore. Or quella di un erede minore non potrebbe mai essere annullata, essendo stata fatta, secondo le forme prescritte?... Questa in vero è la dottrina di Chabot (n° 1) e di Vazeille *(ibid.)*.

Pure è grave errore; imperocchè la legge con dire che l' accettazione potrà essere annullata in soli due casi, se è *fatta da un maggiore*, intende che lo potrà essere anche in altri casi se sarà fatta da un minore... Si assegna per motivo della dottrina da noi combattuta, che l' accettazione fatta in nome del minore non potendo mai aver luogo che col beneficio dell' inventario (art. 461 (384)) ne sorge che il minore non può mai esser per essa pregiudicato, e quindi non occorreva ordinare per lui una restituzione. Ma, siccome noi abbiamo osservato, una accettazione anche beneficiata può produrre grave pregiudizio per l'obbligo della collazione. Di più, Vazeille che prima adottava la decisione di Chabot l' abbandona poi, accordando (n° 2) all' erede beneficiato maggiore o *minore* il dritto di farsi restituire nei due casi del nostro articolo.

Del rimanente, l' accettazione regolarmente fatta dal minore non può essere attaccata che per le cause indicate dal nostro articolo, come quella della stesso maggiore; con questa sola differenza, che quella del minore sarebbe annullabile, fossevi o pur no lesione, per essere stata fatta irregolarmente, cioè senza il tutore o il curatore o senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia e non col beneficio d' inventario (ved. art. 1305 (1259)).

VII. — 221. L' erede autorizzato a farsi restituire, in qual termine dovrà domandare la sua restituzione? Noi prima pensavamo doversi qui applicare il termine di dieci anni stabilito dal primo paragrafo dello art. 1304 (1258)); ma siccome questo articolo non parla che dello annullamento delle convenzioni, e la sua disposizione, essendo una eccezione al principio generale dell' art. 2257 (2163), deve per la natura stessa dell' eccezione restringersi agli atti di cui si occupa, ci pare dovere qui applicare il principio che estingue il dritto d' agire solamente dopo corsi trenta anni. Per altro, presentando il secondo e terzo paragrafo dello art. 1304 (1258), intorno al punto donde il termine comincia, una regola fondata sulla ragione stessa delle cose e da applicare a tutte le possibili ipotesi, dovrà senza dubbio seguirsi qui questa regola. I trenta anni decorreranno, nel caso di semplice dolo, dal giorno ch' è stato scoverto; nel caso di violenza dal giorno in cui questa è cessata; nel caso di un testamento conosciuto dopo, dal giorno che è stato noto all'erede; in ultimo nel caso di un minore, dal giorno solamente della sua maggiore età; tutto ciò secondo il testo o lo spirito evidente dello stesso articolo 1304 (1258).

Ma senza dubbio estinguerebbesi l' azione se innanzi di spirare i trenta anni, lo erede, divenuto maggiore, avesse liberamente fatto qualche atto di erede; dacchè la novella accettazione avrebbe sostituito quella contro la quale poteva reclamare.

VIII. — 222. Ci resta a conoscere gli effetti della restituzione, che di leggieri si comprendono, e da se stessi si manifestano.

L' accettazione dell' erede rotta ed annullata si reputa come non mai avvenuta; lo erede come se mai non abbia accettato, e la nullità della sua accettazione trae la nullità di tutti gli atti che ne derivarono; cessante causa *cessat effectus*. Così le convenzioni fatte dall' erede con tal qualità, le obbligazioni contratte verso i creditori o legatari svaniscono con la accettazione di cui erano conseguenza.

E per fermo avviene lo stesso, scoprendosi un testamento che toglie più della metà dei beni, o essendovi dolo: l' accettazione essendo in ambi i casi nulla, non può partorire effetti tanto nella prima che nella seconda ipotesi. È dunque arbitraria la dottrina di Delvincourt e Duranton (V, 456), quando insegnano che la restituzione per la scoverta di un testamento rileva solo l' erede per le disposizioni di esso, lasciandolo obbligato verso tutti i creditori ordinari (1).

223. Poichè l' erede restituito contro la sua accettazione si reputa, in dritto, di non essere stato erede, ne conseguita che i suoi coeredi che aveano come lui accettato e la di cui accettazione è mantenuta, sono di pieno dritto investiti della sua parte tanto nelle entrate che nelle uscite, senza bisogno di novella accettazione, e senza nemmeno potere evitare questo accrescimento anche con una formale dichiarazione di loro volontà. In vero, quando due eredi accettano in pari tempo una eredità, non dee credersi che ciascun di essi ne accetti solo una metà; ciascun di essi è erede e proprietario del tutto *nemo pro parte haeres;* solo il concorso di tutti e due che hanno egual diritto produrrà una divisione che non deriva dai principî del dritto ma solo dalla forza delle cose, *concursu partes fiunt*. Sicchè, essendo Pietro e Paolo chiamati ad una successione, la rinunzia del secondo o la sua restituzione contro una accettazione già fatta, non accrescerà i dritti del primo, ma solamente gli farà cessare quello scemamento di fatto che avrebbe sofferto; a parlare esattamente, non vi è allora *accrescimento*, bensì *non-decrescimento*. Lo ripetiamo, l' erede è sempre chiamato al tutto, e necessariamente accetta il tutto, *nemo pro parte haeres* — Chabot dunque incorre in errore, insegnando (n° 9) che il coerede di quello che si fa restituire potrebbe alle volte rinunziare la parte di costui. Se, come abbiamo osservato sotto l' art. 774 (691), non si può, anche con espressa dichiarazione, essere in parte erede e a condizione che un coerede accetterebbe o manterrebbe un' accettazione già fatta, non si può con più di ragione ottenere tal risultamento per lo effetto di un sottointeso intendimento... *hæres ad totum hæres; semel haeres semper haeres*: son principî elementari e fondamentali.

È vero che il giureconsulto romano Macro (D. l. 29, t. 2, 61) e Pothier nel nostro antico dritto insegnavano che la porzione del successibile restituito non accresceva ai suoi coeredi. Imperocchè in Roma l' erede il quale traeva dal dritto civile la sua qualità, ed era al contrario restituito per beneficio del Pretore, rimaneva erede in dritto, quantunque in fatto liberato dai carichi ereditarî. Pothier seguendo queste idee romane, diceva che l' erede restituito rimaneva erede secondo la sottigliezza del dritto. Ma siffatta teoria non può oggi per fermo accettarsi: il dualismo romano fra *l' ipsum jus* e le creazioni pretorie non prevale sotto il Codice; il dritto che mi fa erede nello art. 724 (645) è quello che mi restituisce nel nostro art. 783 (700). Ed anche lo stesso Chabot professa che la sottigliezza romana seguita da Pothier non può oggi essere ammessa.

(1) Chabot (n. 7); Malpel (n. 196); Vazeille (n. 8); Dalloz (cap. 5).

SEZIONE II.

DELLA RINUNCIA ALL' EREDITÀ.

784 (701).—La rinuncia ad una eredità non si presume. Essa non può farsi che presso la cancelleria del tribunale di prima istanza, nel cui distretto si è aperta la successione, sopra un registro particolare tenuto a quest' effetto.*

224. La rinunzia a differenza della accettazione non può esser tacita e inferirsi dai fatti dell'erede; bisogna essere espressa. Un tempo poteva farsi avanti qualunque notaro, per modo che i creditori ereditari potevano spesso considerare come erede un successibile che avesse rinunziato: per conoscere a che appigliarsi, avrebbero dovuto prendere informazioni presso tutti i notari di Francia! il Codice ha fatto cessare questo stato di cose, esigendo che la rinunzia sia fatta alla cancelleria del tribunale dell' apertura della successione.—I cancellieri come è uso non ricevono la rinunzia di un erede che accompagnata dalla dichiarazione che garentisca al cancelliere la identità del rinunziante. Qualunque rinunzia fatta altrove che alla cancelleria, e per convenzione fra i coeredi, non sarebbe più oggi una regolare rinunzia nè potrebbe essere opposta ai creditori o legatari. Ma non sarebbe nulla come convenzione particolare, e potrebbe validamente opporsi a colui che l'avesse consentito, da coloro in vantaggio di cui ebbe luogo. Costoro potrebbero dunque in forza del principio, che qualunque convenzione lega quelli che l'han fatto (articolo 1134 (1088)) opporsi al loro coerede che raccogliesse i beni ereditari; se non che costui non resterebbe meno soggetto, rispetto ai terzi, a tutti i pesi ereditari fino a quando non facesse una legale rinunzia.

785 (702).—L'erede che rinuncia, è considerato come se non fosse mai stato erede.

225. Abbiamo già fatto osservare che il rinunziante reputandosi come non fosse stato mai erede, era dunque tale realmente prima della sua rinunzia. In vero ciò è conseguenza dell' art. 724 (645) il quale dichiara che il possesso immediato dei beni, dritti ed azioni col corrispettivo obbligo di soddisfare i pesi, ha luogo di pieno dritto negli eredi pel fatto della morte del defunto. Sicchè in realtà, in fatto, il rinunziante è stato erede, non perde che per lo avvenire la qualità che ebbe realmente prima dal giorno della apertura fino a quello della rinunzia; ma in dritto e nella teoria legale, egli non è stato mai erede, la sua qualità sparisce per il passato e per l'avvenire, egli non è mai esistito per la eredità (Pothier, cap. 3, sez. 2, § 9 e 10). Questa è una finzione; ma non si dimentichi che *idem operatur fictio in casu ficto, quam veritas in casu vero*, e per conseguenza bisogna muovere dall' idea che il rinunziante non sia mai esistito per la successione, quando devonsi dedurre le conseguenze legali di una rinunzia.

786 (703).—La parte di quello che rinuncia si accresce a' suoi coeredi; se è solo si devolve al grado susseguente.

* L' art. 701 è così espresso:
La rinunzia ad una eredità non si presume, nè può farsi altrimenti che presso la cancelleria del tribunale civile della provincia o valle in cui si è aperta la successione sopra un registro particolare tenuto a tal effetto. Per le eredità che non eccedono il valore di ducati trecento, potrà farsi nel modo stesso presso la cancelleria del giudice di circondario rispettivo.

226. Questa disposizione in sostanza è conseguenza del precedente articolo: poichè l'erede che rinunzia si considera legalmente e per la successione come non mai esistito, quelli che in sua mancanza doveano raccoglierla, si reputano dunque investiti sin dalla apertura stessa della successione (Pothier, *loc. cit.*).

Ma se il nostro articolo è semplicissimo in sostanza, non lo è nella forma, e gli *sviluppi* formulati da esso sulla parte del rinunziante e per l'accrescimento e la devoluzione di essa, sono tali da ingenerare nella mente oscurità e confusione di cui altrove vedremo le tristi conseguenze. Lo articolo parla in fatto del principio stanziato nel precedente articolo, e le sue proposizioni sono esatte come pratiche applicazioni di quello; ma se s'intendesse nel punto di vista giuridico, e si prendesse la sua disposizione per un principio di dritto, (come troppo spesso han fatto gli scrittori); questo principio sarebbe profondamente falso. In dritto e nella teoria legale, il rinunziante non è stato mai erede; egli dunque non ha mai avuto alcuna parte, nè si può quindi parlare di accrescimento, di devoluzione della sua parte! In dritto non essendo stato mai erede quello dei due eredi che rinunzia, l'altro dunque è stato sempre lo erede unico che ha raccolto fin dalla morte la totalità della successione; ma se egli ha preso immediatamente la totalità, non vi è stato dunque nè potuto essere alcuno accrescimento, non potendo nulla aggiungersi a quello che tutto ha ricevuto sin dal primo istante. È dunque evidente che mutandosi la nostra disposizione in principio di dritto, questo principio sarebbe precisamente il contrario di quello stanziato dal precedente articolo, consistendo per lo appunto in questa idea (conforme al fatto, ma contraria alla teoria legale) che il rinunziante è stato erede, che colla sua rinunzia cessa di esserlo, non già di esserlo stato, che nello intervallo dalla morte alla rinunzia, egli è stato investito della sua parte, che poi è stata devoluta al suo coerede. E tal preteso principio per cui la legge dichiarerebbe nero nello art. 786 (703) ciò che ha detto bianco nell'articolo 785 (702), produrrebbe anche strane conseguenze. Così, essendo vero in dritto (come lo sarebbe in fatto) che il rinunziante è stato erede e la proprietà della sua porzione è appartenuta a lui innanzi di passare al suo coerede, ne deriverebbe, fra gli altri risultamenti, che per tale porzione il dritto di mutazione dovrebbe esser pagato due volte al fisco!.. Il nostro articolo adunque non stabilisce una *regola di dritto*, ma spiega solamente le conseguenze di fatto che la rinunzia produce.

227. Del resto queste conseguenze di fatto nemmeno sono esattamente espresse. Non è vero, per modo di esempio, che la parte del rinunziante passi sempre al *suo coerede*. Così, quando io lascio mio padre, mio avo paterno, ed un cugino materno, rinunziando mio padre, non prenderà la parte di lui nè profitterà della sua rinunzia mio cugino coerede di mio padre, ma invece mio avo. Nè tampoco è vero che la parte del rinunziante, unico erede, passi sempre al *grado* successivo, non deferendosi sempre la successione per la prossimità del grado. In ultimo, la parola *accrescimento* non è anche esatta come di sopra si è osservato (art. 783 (700), n° XIII.

Si sarebbero schivati questi diversi sconci (uno dei quali è gravissimo come vedremo sotto l'art. 913 (829, n° V), e si sarebbero precisamente espresse le cose, facendo dei nostri due articoli una sola disposizione così concepita; il rinunziante si reputa non essere stato mai erede: « in conseguenza la eredità è devoluta come se il rinunziante non fosse mai esistito. »

787 (704). — Non si succede giammai *rappresentando* un erede che ha rinunziato: *se il rinunziante* è il solo erede nel suo grado, o se tutti i coeredi rinunciano, subentrano i figli per diritto proprio, e succedono per capi.

228. Questo articolo era affatto inutile, essendosi nell' art. 744 (666) dichiarato che non si rappresentano le persone viventi al tempo della apertura della successione.

788 (705). — I creditori di colui che rinunzia ad una eredità in pregiudizio dei loro dritti, possono farsi autorizzare giudizialmente ad accettarla in nome, luogo e stato del loro debitore.

In questo caso la rinuncia è annullata non in favore dell' erede che vi ha rinunciato, ma solamente a vantaggio dei suoi creditori, e per la concorrente quantità dei loro crediti.

SOMMARIO

I. Bisogna che nella rinunzia siavi stata frode, e qui si presume come in tutte le rinunzie gratuite. Rimando all' articolo 622 (547).

II. L' annullamento produce effetto nei limiti dello interesse dei creditori; ma gli eredi che hanno accettato non potrebbero farsi tener conto, per parte del rinunziante, del valore dei beni che l' annullamento loro toglie.

III. I creditori potrebbero parimenti fare annullare l' accettazione d' una eredità non buona. Ma spetterebbe a loro provarne la frode.

I. — 229. Il nostro art. 788 (705), come abbiam detto sotto l' art. 622 (547), è una applicazione particolare del principio generale stanziato nell'art. 1167 (1120), secondo il quale i creditori possono fare annullare tutti gli atti fatti dal loro debitore in frode dei propri dritti. Vi abbiamo osservato che la frode del debitore è condizione dell' annullamento sì nelle rinunzie gratuite che negli atti a titolo oneroso, e che il semplice fatto del pregiudizio non basta mai per dar luogo all'azione *pauliana*. Finalmente abbiamo dimostrato che nelle rinunzie gratuite per il solo fatto del pregiudizio, la frode si presume di dritto in favore del creditore fino alla prova in contrario per parte del debitore; il che spiega perchè il Codice chiede indistintamente, ora la frode come nell' art. 1464 (T), ora il pregiudizio come nel presente (Vedasi la spiegazione dell' art. 622 (547)).

II. — 230. L' annullamento della rinunzia che qui occorre nello interesse e vantaggio dei creditori personali del rinunziante, non dovea partorire il suo effetto che fino alla concorrenza di tali interessi, e fino alla liberazione dei crediti. Soddisfatti i creditori, la rinunzia conserva il suo valore, producendo tutti i suoi effetti nei rapporti del rinunziante cogli eredi in istato di profittare di tal rinunzia. Così, di due fratelli chiamati ad una considerevole eredità che non abbia debiti, il maggiore rinunzia ben conoscendo che i suoi creditori gli toglierebbero tutto o quasi tutto il beneficio dell' accettazione. Questi creditori fanno annullare la rinunzia, accettano in luogo del loro debitore, fanno eseguire la divisione, e vendere la metà che loro è spettata per pagarsi sul prezzo; dopo la intera liberazione dei loro crediti, avanzano 5,000 franchi che apparterranno al minore fratello, solo erede che abbia accettato, e non a colui che ha rinunziato.

Ma da ciò non bisognerebbe inferire che colui che abbia accettato potesse sull' altro rifarsi di ciò che han tolto i creditori. Sicchè, se di poi il rinunziante acquistasse novelli beni, suo fratello non potrebbe dirgli: La vostra rinunzia non è stata dichiarata nulla che rispetto ai vostri creditori, ma è rimasta valida per me. Dunque voi siete rimasto obbligato a mantenermi nella condizione in cui fui posto dalla vostra rinunzia; voi quindi dovete pagarmi ciò che i vostri creditori han tolto. — Questa pretesa sarebbe respinta. La rinunzia è stata riconosciuta illegalmente fatta, e come non avvenuta, entro i limiti di ciò cui avevano dritto i creditori; non se ne possono dunque invocare gli effetti entro questi limiti. L' accettazione del fra-

tello maggiore (nella persona dei suoi creditori, suoi legali rappresentanti) ebbe luogo; dunque, in questi limiti, i beni venduti erano del fratello maggiore, e non del suo coerede, il quale nulla può dunque pretendere.

Diciamo che i creditori, nel caso del nostro articolo, dovrebbero far vendere i beni onde pagarsi sul prezzo. Giammai, difatti, un creditore non ha il dritto, per pagarsi, di prendere in natura i beni del suo debitore (art. 2088, 2093 (1959, 1963)).

III. — **231.** La legge nel nostro articolo dice che i creditori di un successibile possono fare annullare la rinunzia pregiudizievole ai loro dritti; ma in nissun luogo dichiara espressamente che potessero altresì fare annullare l'accettazione fraudolenta da quello fatta di una eredità non buona. Bisogna da ciò conchiudere che nol potrebbero? Così, Pietro il di cui patrimonio è di 50,000 franchi e ne deve 60,000, accetta una eredità che ha 50,000 fr. di entrata e 140,000 fr. di uscita di modo che avendo ora 100,000 franchi di beni, e 200,000 di debiti, non potrebbe pagare che il 50 per 100 ai suoi creditori. La *sua* accettazione che farebbe perdere ai suoi creditori personali 20,000 franchi (che guadagnerebbero i creditori ereditari) potrebbe essere attaccata dai primi?

Evidentemente sì. L'art. 1167 (1120) vuole questa decisione, e il silenzio del nostro articolo la rende più certa. E dapprima, mentre l'art. 1167 (1120) permette al creditore di fare annullare tutti gli atti fatti dai suoi debitori in frode dei suoi dritti, senza dubbio il creditore vi trova la facoltà di fare annullare l'accettazione fraudolenta che scema la garenzia del suo credito. Il silenzio poi del nostro articolo attribuiscesi ad una circostanza che sempre più conferma l'applicazione del principio. In Roma lo annullamento ammettevasi contro l'accettazione, ma non mai contro la rinunzia. Il che derivava dal non aver luogo l'azione pauliana che quando il debitore avesse scemato i suoi beni e non quando avesse trascurato soltanto di aumentarli. (Dig., 1, 42, tit. 8, 6, 2; e L. 50, tit. 16, 28). Il nostro Codice ammette pure l'annullamento per la rinunzia, perchè invero gli eredi appo noi essendo sempre investiti della proprietà dei beni ereditari pel solo fatto della morte del defunto, la rinunzia è un atto che li spoglia, e diminuisce il loro patrimonio. Ora se il Codice, come il nostro antico dritto francese, ammette di annullarsi la rinunzia, mentre ciò non ammetteva il dritto romano, come non ammettere *a fortiori* quella dell'accettazione che ammettevano altresì non che l'antico dritto, ma anche il dritto romano? I nostri compilatori di questa non parlarono, perchè intorno ad essa non potea sorger dubbio.

Ma qui differentemente da ciò che occorre per la rinunzia, dovrebbero i creditori provare che l'atto sia stato fatto in lor frode; imperocchè nissun testo permette allora che basti il semplice pregiudizio per indurne presunzione di frode. E in effetto l'accettazione di una cattiva eredità avrà per lo più luogo per osservanza alla memoria del defunto e senza alcun pensiero di frode.

789 (706). — La facoltà di accettare o rinunziare ad una eredità, si prescrive col decorso del tempo richiesto per la più lunga prescrizione dei diritti sui beni immobili.

SOMMARIO

I. Diversi sistemi degli scrittori per la interpretazione di questo articolo. Strano silenzio di Toullier e Duvergier.

II. Senso della disposizione: risposta alle obbiezioni.

I. — **232.** Pochi articoli del Codice han fatto sorgere nella loro interpretazione tanti

diversi sistemi, quanto il presente.

Diciamo prima che questa perifrasi *col decorso del tempo richiesto*, ecc. significa in trenta anni; ciò posto, esaminiamo rapidamente le principali spiegazioni che si son date all'articolo.

Secondo Delaporte, il dritto di accettare o rinunziare una eredità è imprescrittibile e dura *in infinitum* finchè alcuno non se ne metta in possesso. Se non che, quando altri che il vero erede si è impadronito dell'eredità, si dà luogo all' applicazione dell'articolo, e questo erede vede estinguersi in trenta anni il suo dritto di ripetere la eredità contro il terzo possessore. L'articolo dunque viene dichiarando che l'azione di petizione di eredità prescrivesi in trenta anni. Ma siffatta interpretazione divinatoria è evidentemente falsa. Il nostro articolo non dice prescritto il dritto di ripetere i beni contro un terzo possessore, bensì il dritto primitivo di accettare o di rinunziare la eredità che s'apre per lo erede colla morte stessa del defunto.

Maleville e Vazeille insegnano che dall'articolo vien dichiarato prescritto il dritto di accettare, così che l'erede sarebbe allora necessariamente rinunziante, e bisognerebbe cancellare nel nostro articolo le parole o di *rinunziare*. — Ma questo sistema si condanna per la stessa pretensione di voler soppressa una parte del testo.

Duranton (VI-483) e Malpel (n. 336) riescono con minor franchezza al medesimo risultamento, insegnando altresì che il silenzio dell'erede per trenta anni estingue il suo dritto di accettare, lo spoglia della sua qualità di erede, e che lo erede cessando in tal modo di esserlo, non può più rinunziare. Ma non importa ciò, secondo la espressione troppo franca di Vazeille, far dire all'articolo uno scherzo? Come! sarebbesi scritto un articolo per dirvi che colui che non è erede non ha il dritto di rinunziare ad una eredità? Questo anche più che uno scherzo, è un controsenso: sarà inutile dire che chi non è erede *non ha bisogno* di rinunziare alla eredità per spogliarsene; ma non ha alcun senso il dire che egli *non ne ha il dritto*. Duranton e Malpel avrebbero fatto meglio dicendo risolutamente come Vazeille: « Guardiamo le parole *o di rinunziare* come non scritte ».

Chabot (n. 1, 3ª ediz. § 11) e Demante (II, 110) intendono l'articolo come se dicesse « La facoltà di accettare e quella di rinunziare si prescrivono l'una e l'altra in trent' anni » e spiegano in conseguenza che l' erede rimasto investito per trenta anni, non può più rinunziare e resta per sempre erede; e reciprocamente, quegli che prima ha rinunziato (e che poteva ancora secondo l' art. 790 (707) riprendere la eredità fino a tanto che un successibile più lontano non l' avesse accettata in sua vece) non potrà più, scorsi i trenta anni, tornare ad accettarla. Così, colui che è rimasto investito per trenta anni non può più accettare; questa è la spiegazione di Chabot e di Demante. — Queste due regole ci sembrano esattissime, l' una e l' altra in *sè stesse*, e secondo i principî generali, ma non già come spiegazione del nostro articolo. In fatti, l'articolo dichiara prescritto, non già distintamente e separatamente, il dritto di accettare da una mano, e quello di rinunziare dall' altra, ma la *facoltà di accettare o di rinunziare*, la *scelta* fra l' accettazione e la rinunzia. Or se tale *scelta* esiste per colui che investito dalla legge ha in effetto la scelta di rendere irrevocabile il suo dritto colla accettazione, o di spogliarsene con la rinunzia, questa scelta non esiste più per quello che avendo rinunziato non può fare che una sola delle due cose, l'accettazione. Colui che ha in tal modo rinunziato può ancora accettare secondo l'art. 790 (707), ma senza dubbio non ha più la scelta fra l' accettare o il rinunziare. Or, se egli non può scegliere, se non vi può essere scelta per lui, e dall'altra parte, l'effetto della prescrizione di cui qui trattasi è *unicamente*, come dice lo stesso Demante, di *togliere questa scelta*, è dunque evidente che l' articolo non si applica a lui.

Delvincourt intende l' articolo in questo modo, che l' erede dopo trent' anni di silenzio ha perduto il dritto di accettare rispetto a certe persone, e il dritto di ri-

nunziare rispetto a certe altre. Così, egli non può più rinunziare in faccia a creditori che hanno interesse che egli sia ritenuto accettante; al contrario non può più accettare in faccia ad un altro erede che volendo prendere la eredità in suo luogo, ha interesse che egli sia dichiarato rinunziante. — Queste sistema in cui il successibile sarebbe nel medesimo tempo erede irrevocabile ed estraneo alla eredità, non porta in se stesso la sua condanna, secondo dice **Malpel?**

Altri scrittori si appigliano ad altri sistemi diversi che si possono a tre ridurre, e che sarebbe troppo lungo qui enumerare. Su questo punto si possono riscontrare Poujol (sopra l'articolo), Dalloz (*Successione*, pag. 356), Fouet de Conflans (sopra l'articolo), Blondeau (*Separaz. dei patrim.*, pag. 617), Zachariae e i suoi annotatori (tom. 4, pag. 245) ed anche Devilleneuve e Carette (t. 39, 2, 129), che espongono in cinque principali sistemi le idee manifestate su tal quistione, e che ne formano piuttosto otto o nove (1).

Fa dolore che sopra un articolo il cui significato è tanto singolarmente dibattuto, Toullier e il suo annotatore Duvergier non abbiano adottato alcuna opinione, nè dato per tutta spiegazione che la riproduzione del testo medesimo dell'articolo (t. 4, numero 351 *bis*).

II. — **233**. Per noi queste diverse e sì contraddittorie interpetrazioni ci han recato meraviglia, essendoci sembrato sempre facile il vero senso dell' articolo. Esso in fatti dichiara che il successibile, scorsi trenta anni dalla apertura della successione, avrà diffinitivamente perduto la *facoltà di accettare o di rinunziare*, cioè il dritto di scegliere fra l' accettazione e la rinunzia; per modo che passato questo termine, egli non può più scegliere, e la sua condizione trovasi irrevocabilmente fermata. E nulla ci sembra più semplice di questa condizione. Per il fatto stesso della morte del defunto il successibile è rivestito del titolo di erede, ed investito della eredità; egli aveva soltanto la scelta o di rendere tal condizione irrevocabile colla accettazione, o di smetterla colla rinunzia. Ora la legge ci dice, che dopo un trenteanne silenzio egli non ha più tale scelta, dunque rimane allora in *statu quo*, val dire resta erede senza potere più rinunziare. È questa forse illusione del nostro spirito, ma sempre abbiam veduto semplicissima la idea.

Noi siamo, come si scorge, intorno al fondo delle cose pienamente d'accordo con Chabot e Demante; dacchè il nostro sistema sta in una delle due idee di questi scrittori, ed ammette similmente l'altra, non già come scritta nel nostro articolo, ma come implicitamente derivante dalla sua disposizione, ed abbastanza manifesta nel pensiero evidente del legislatore per l' analogia de' due casi. Noi dunque giungiamo allo stesso risultamento di quei due scrittori, risultamento che recenti decisioni hanno adottato (2).

234. Non pertanto a questa dottrina si fanno alcune obbiezioni. Dicesi dapprima (Zachariae, *loc. cit.*) che la nostra spiegazione significhi che con trenta anni di silenzio il successibile perde soltanto la facoltà di rinunziare, e che però noi cancelliamo dall' articolo le parole *accettare o*. Ciò è vero e falso ad un tempo. È vero che noi veniamo al medesimo risultamento come se l' articolo dicesse solamente la *facoltà di rinunziare si prescrive;* ma con ciò non sopprimiamo alcuna parte del suo testo; perchè abbiamo adottato la nostra idea *prendendo il testo qual è*. Se a ciò anche si riesce, dove l' articolo fosse come si dice compilato, ciò importa che dall' uno o dall' altro modo il significato è sempre lo stesso.

E in vero, dire che un erede investito

(1) In questo modo i due compilatori di decisioni espongono in primo luogo, come comune a Delaporte e a Delvincourt il sistema da quest' ultimo adottato, mentre il sistema di quello ne differisce profondamente, come scorgesi dalla esposizione che abbiam dato dell' uno e dell' altro.

(2) Bordeaux, 6 marzo 1841; Parigi, 2 febbraro 1844 (Devill., 1841, 2, 444, *J. du pal.*, t. 1, 1844, p. 272).

non può più rinunziare. val lo stesso che egli resta investito; e dire che questo erede investito ha perduto la scelta fra l'accettazione e la rinunzia, val lo stesso che egli resta qual'è, cioè investito. Il legislatore in somma con due maniere poteva qui manifestare la medesima idea.

Si aggiunge: « L'antico dritto diceva ***non è erede chi non vuole***, e il Codice dice parimente nell'art. 775 (692) che nissuno è tenuto ad accettare una eredità. Ora il senso da voi dato al nostro articolo trarrebbe alle volte una accettazione forzata, cotalchè un successibile potrebbe essere irrevocabilmente erede, anche prima di aver conosciuto l'apertura della successione. Vi sarebbe dunque contraddizione fra i due art. 776 e 789 (692 e 706) ». — È facile la risposta. Nò, il successibile non è erede o meglio ***non resta erede*** a suo malincuore; ma quando egli tace per trenta anni, era il caso di dire ***chi tace non acconsente***, e ciò ha fatto il legislatore. E perchè non vi sarebbe stata la prescrizione qui come dappertutto? Si dirà invano che l'erede abbia potuto ignorare l'apertura della successione; la legge non ammette che una persona non si occupi per trenta anni dei suoi affari; onde è che la prescrizione della cosa vostra fondata altresì sulla vostra tacita rinunzia, sarebbe acquistata dal possessore, quand'anche voi potreste provare di non aver mai saputo che quella cosa vi appartenesse.

Dicesi da ultimo esser troppo duro assoggettare così un successibile, a sua insaputa, al pagamento indefinito dei debiti di una eredità, massime quando i beni di essa possono venirgli tolti, od essere colla prescrizione acquistati da altri. Può avvenire in fatti che da una parte questi beni sieno prescritti in tutto o in parte, e dall'altra che non sien prescritti tutti i debiti, o perchè sarebbesi sospesa la prescrizione (art. 2252, 2256 (2158, 2162)) o perchè il termine posto per pagare il debito (che è il punto donde muove la prescrizione secondo l'art. 2257 (2163)) fosse posteriore alla apertura della successione. — Ma tal risultamento per quanto possa riuscir tristo non è che una considerazione di fatto per cui non si possono rigettare i principî della legge; e in tutti i casi poi questo inconveniente sarebbe molto modificato dal beneficio d'inventario che l'erede potrebbe sempre domandare. In effetto, il nostro articolo non toglie allo erede che la scelta fra l'accettare o il rinunziare; di conseguenza egli può sempre accettare col beneficio. Vedremo più avanti (art. 800 (717)) non esistere alcun termine fatale entro cui il beneficio d'inventario dev'essere domandato dall'erede. — Del rimanente, il nostro articolo non si applica al minore, il quale potrebbe sempre rinunziare anche scorsi i trent'anni, non correndo contro di lui la prescrizione (art. 2252 (2158)).

790 (707). — Sino a che il diritto di accettare un'eredità non è prescritto contro gli eredi che vi hanno rinunciato, possono questi ancora accettarla, quando essa non sia già stata accettata da altri eredi; senza pregiudizio però delle ragioni acquistate da terze persone sopra i beni della eredità, tanto in vigore della prescrizione, quanto in forza di atti validamente fatti col curatore deputato all'eredità giacente.

SOMMARIO

I. L'erede che rinunzia è ammesso poi ad accettare. Ma il suo dritto si perde, se l'accettazione di un altro ha seguito la sua rinunzia; basterebbe anche una accettazione precedente alla sua rinunzia. Viceversa, potrebbe avvenire che l'accettazione posteriore non estingua il suo dritto che per una parte del patrimonio. — La domanda d'immissione in possesso dei successori irregolari produce il medesimo effetto che l'accettazione degli eredi legittimi.

II. Questo dritto del rinunziante prescriverebbesi in trent'anni, ma non contro i minori o gl'interdetti.

III. L'erede, accettando in questo modo, deve

rispettare gli atti fatti dal curatore ed anche gli effetti della prescrizione, tranne che per questo ultimo obbietto, non fosse minore o interdetto. Errore di Duranton.
IV. In qual caso potrebbe annullarsi una rinunzia.

I.—235. La legge suppone qui che una successione rinunziata da uno erede, non sia stata peranco da altri accettata, e dichiara che il primo potrà tornare ad accettarla. È questo un favore, perchè stimandosi l'erede che rinunzia come se mai non fosse stato erede (art. 785 (702)), e per conseguenza gli eredi che son chiamati dopo di lui o ad un tempo che lui, riputandosi essere stati sempre soli eredi, costoro per lo effetto della rinunzia del primo, sono immediatamente investiti, sono eredi anche prima di qualunque accettazione per parte loro. In principio adunque, colui che ha rinunziato non dovrebbe aver facoltà di riprendere un dritto di cui gli altri sono stati investiti. La legge non si è punto fermata a tale idea, e poco curandosi di un dritto che i nuovi eredi non hanno consolidato coll'accettazione, nè manifestato la intenzione di esercitare, essa permette al primo di annullare questo dritto con una successiva accettazione.

Ma se nel punto che l'erede ha rinunziato, un coerede avesse già accettato, siccome qualunque accettazione è forzatamente fatta per la intera eredità, e il coerede, senza bisogno di nuova accettazione, è accettante per l'intero; colui che rinunzia non può più accettare quella parte a cui ha prima rinunziato. Ciò insegna a ragione Duranton (VI, 507).—In qualunqne altro caso bisognerebbe, che la rinunzia, per diventare irrevocabile, fosse seguìta dall'accettazione del coerede o dell'erede susseguente se non ha coerede. Poco monta del resto che l'accettazione sia espressa o tacita, pura e semplice o col beneficio.

Che se due coeredi soli del loro grado rinunziassero entrambi, potrebbero riaccettare entrambi nel medesimo tempo; ma se un di essi accettasse solo, il secondo quindi non potrebbe più accettare, e sarebbe irrevocabilmente escluso.

236. Non pertanto l'accettazione, quantunque sempre fatta per tutta l'eredità, non è fatta in un caso per tutto il patrimonio del defunto, quindi l'accettazione di uno erede susseguente dopo la mia rinunzia, non sarebbe impedimento alla accettazione di una parte di quel patrimonio che forma una eredità distinta e non accettata. Vogliamo parlare del caso in cui i beni del defunto fossero deferiti dalla legge alle due linee paterna e materna; allora, come sappiamo, costituendo il patrimonio due successioni separate, se l'una di esse soltanto fosse accettata, l'erede che rinunzia potrebbe accettar l'altra.

237. Nè solamente l'accettazione di uno erede legittimo impedirebbe la successiva accettazione dell'erede che ha prima rinunziato, ma anche la domanda di un successore irregolare. Questi, al pari dello erede, divien proprietario dei beni con la rinunzia del precedente successibile; ed ha i medesimi dritti di lui, tranne che non è possessore legale di pieno dritto. Dunque dal momento che avrebbe fatta la domanda d'immissione in possesso, il rinunziante non potrebbe più riprendere i beni. Chabot, il solo scrittore che abbia prima adottato una contraria sentenza, ha fatto (n. 4) subito adesione alla censura della sua dottrina.

II.—238. Questo favore accordato all'erede che rinunzia di riprendere i beni, fino a tanto che i successori susseguenti non abbiano in essi consolidato il dritto loro attribuito dalla rinunzia di lui, è prescrittibile come qualunque altro dritto pecuniario: questo rinunziante, dice il nostro articolo, potrà ancora accettare *fino a che la prescrizione del dritto di accettare non si è acquistata* contro di lui. Qual sia il termine di questa prescrizione la legge esplicitamente nol dice; ma pare evidente che il nostro articolo debba spiegarsi col precedente, e che il termine di trenta anni dalla apertura dell'eredità che estingue la scelta tra l'accettazione e la rinunzia, sia anche quello che estingue il

dritto di accettare ordinato dalla nostra disposizione.

III. — 239. L'erede che torna ad accettare una eredità dopo averla prima rinunziato, deve prenderla nello stato in cui si trova, rispettare tutti gli atti regolarmente fatti dal curatore, che sarebbesi nominato all'eredità giacente, ed altresì tutti i dritti che da terze persone si sarebbero acquistati con la prescrizione.

Ora, quale che egli sia l'erede, gli atti compiti dal curatore, che n'è il rappresentante legale, son validi per lui gli effetti della prescrizione, ma non potrebbero invocarsi contro un erede minore o interdetto. In fatti, quando l'erede vien così ad accettare, l' accettazione produce come sempre un effetto retroattivo fino al giorno dell'apertura: l'erede si reputa non aver mai cessato di essere erede e proprietario dei beni.

Ora secondo l'art. 2252 (2158) la prescrizione non corre contro i minori nè gli interdetti.

Direbbesi invano, come fa Duranton (VI, 508), che questo è un caso affatto particolare, nel quale la prescrizione corre pure contro i minori e gl'interdetti, stante che l'art. 2258 (2164) dichiara in modo assoluto che la prescrizione corre contro le eredità giacenti, quantunque non gli sia deputato un curatore. Gravissimo errore è questo; l'art. 2258 (2164) non ha affatto quel senso che gli dà l'onorevole professore. Senza dubbio l'essere giacente una eredità non sospende la prescrizione; ma per fermo non fa cessare la sospensione che da altra causa deriva. Così, quando la eredità giacente appartiene ad un maggiore capace, corre la prescrizione senza che il proprietario possa trar partito dall'essere quella giacente; ma se la eredità appartiene ad un minore o ad un interdetto, la prescrizione non corre, non per essere quella giacente, ma sì perchè i beni appartengono ad un minore o ad un interdetto. Se ad una eredità giacente non si è stimato bene di consentire questo favore, di certo non si può *togliere* il favore, se esiste per ben altro motivo. Dippiù un testo speciale, che detta pei minori (e perciò anche per gli interdetti secondo l' articolo 509 (432)) la disposizione scritta per tutti gli altri nel nostro articolo, l' articolo 462 (585) dico non discorre affatto di prescrizione, mentre il nostro ne parla per ben due volte.

IV. — 240. Vediamo adesso se fuori il caso del nostro articolo, fuori questa facoltà di favore, che può esercitarsi essendo rimasta giacente l' eredità, l' erede abbia alle volte il dritto di fare annullare la rinunzia da lui fatta. Comprendesi che questo dritto di annullamento, dove esista, potrebbe esercitarsi dopo l'accettazione dell'erede susseguente; ma esiste egli?

È innegabile dapprima che la rinunzia potrebbe annullarsi, se fosse stata conseguenza di dolo praticato con violenza; la violenza è per se stessa e sempre causa di nullità (art. 1111 (1065)). Potrebbe esserlo ancora per dolo semplice, se questo fosse stato operato da quello stesso che ha profittato della rinunzia, e contro di cui si è domandato l' annullamento (articolo 1116 (1070)). Nei due casi spetterebbe al rinunziante provare la violenza o il dolo.

Ma questi, secondo noi, sono i soli casi in cui sia possibile l'annullamento; nè bisognerebbe trarre argomento dall'articolo 783 (700) per domandarlo, o nel caso del dolo semplice praticato da un terzo, o quando un testamento creduto valido, fosse nullo o perchè si scovrisse appartenere all' eredità alcuni beni che non vi si credevano compresi. — Vedemmo difatti che la disposizione dell' art. 783 (700) è una eccezione, che deve quindi applicarsi al solo caso previsto; dunque lo annullamento non può qui pronunziarsi che per la violenza o dolo personale, conforme a ciò che è stabilito da' principî generali.

Indarno si parlerebbe di errore, non essendo esso causa di nullità, che quando cade sulla sostanza della cosa (art. 1110 (1064)), mentre nelle surriferite ipotesi l' errore è caduto sopra un accidente, sul valore, io credeva la eredità povera mentre era ricca, ma non vi era errore sulla sostanza; es-

sendo sempre quella eredità cui pensava. — Del resto, nel caso di dolo praticato da un terzo, colui che rinunzia avrebbe dritto ai danni ed interessi contro costui, secondo il principio generale dell'art. 1382 (1336).

791 (708). — Non si può nemmeno nel contratto di matrimonio rinunciare alla eredità d'un uomo vivente, nè alienare i diritti eventuali che si potrebbero avere a tale successione.*

241. Nel nostro antico dritto era permesso rinunziare anticipatamente ad una eredità futura, e si usava frequentemente tal facoltà rispetto alle figlie, facendole rinunziare quando si maritavano; alcune consuetudini giungevano perfino a stabilire in principio che qualunque accettazione di dote per parte della figlia, costituisse una rinunzia tacita sufficiente. Il Codice, confermando la disposizione di una legge degli 8 aprile 1791, dichiara nel nostro articolo e nell'articolo 1130 (1084), che qualunque stipulazione. qualunque convenzione relativa ad una successione non per anco aperta è radicalmente nulla, come contraria all' ordine pubblico. Questa nullità nei contratti di matrimonio è la stessa che altrove, malgrado lo estremo favore che a quegli atti si concede. Abbiamo veduto del resto una eccezione a questo principio nello articolo 761 (T).

792 (709). — Gli eredi che avessero sottratto o nascosto effetti spettanti ad una eredità, decadono dalla facoltà di rinunciarvi. Restano eredi puri e semplici non ostante la loro rinuncia, senza che possano pretendere alcuna parte negli effetti sottratti o nascosti.

242. La sottrazione, o l'occultamento di cui si rende colpevole uno erede in pregiudizio dei suoi coeredi, o dei creditori ereditari, è tenuto dalla legge come un atto di padronanza sulle cose dell' eredità, che trae seco una accettazione pura e semplice. Di conseguenza, se il colpevole non avesse ancora nè rinunziato nè accettato, o accettato col beneficio, egli diviene erede assoluto con tutti gli effetti di tal qualità. Dippiù egli è punito colla perdita della sua parte nella cosa occul-

* Nel regno come altrove le rinunzie alle future successioni, già proscritte dalla romana sapienza, furono tollerate fino al 1809; ma di poi cominciò ad essere incerta la sorte delle rinunzie utilmente eseguite, riferibili però a successioni aperte dopo il 1809.

Ferdinando 1° con decreto dei 4 marzo 1817, a togliere le incertezze, si espresse in tal modo:

» I numerosi e continui richiami a noi pervenuti dopo il nostro felice ritorno in questi reali domini, sulla efficacia o inefficacia delle rinunzie stipulate dalle donne maritate prima della pubblicazione del Codice civile provvisoriamente in vigore, alle successioni dei loro ascendenti aperte sotto l'impero del medesimo, han richiamato la nostra sovrana attenzione, e ci hanno quindi determinato a pubblicare una dichiarazione la quale ponendo un termine alla quistione insorta, facesse conoscere altresì il vero spirito e la vera applicazione da farsi delle nuove leggi successorie.

Guidati da' principî inconcussi della giustizia universale, non meno che da quelli stabiliti nelle antiche e nuove leggi, noi abbiamo considerato, che per effetto degli editti successori che erano precedentemente in osservanza in questa parte dei nostri domini, le donne erano escluse dalla successione degli ascendenti nel concorso dei maschi. Abbiamo considerato inoltre che le successioni debbono esser sempre regolate con quelle leggi che han vigore nell' epoca in cui si deferiscono. Quindi abbiamo risoluto di decretare e decretiamo quanto siegue:

» Art. 1° Le rinunzie delle femmine maritate prima del Codice civile provvisoriamente in vigore, non hanno ricevuto per tale avvenimento alterazione o cambiamento alcuno.

» 2° Esse non sono di ostacolo alle femmine per conseguire ciò che alle medesime è dovuto sulla eredità dei genitori, ai termini delle leggi vigenti al tempo dell'aperta successione.

» 3° Tutti i giudicati. le transazioni, le convenzioni, le divisioni di eredità bonariamente eseguite, le sentenze arbitramentali, ed in generale qualunque atto per legge irretrattabile, caduto sull'oggetto da Noi definito, restano nel loro primo vigore, e non potranno essere impugnati per effetto della dichiarazione e delle massime stabilite nei due precedenti articoli.

tata o nascosta. Che se già fosse erede puro e semplice prima della sottrazione o dell' occultamento, la perdita della sua porzione sarebbe certamente il solo effetto che l'atto potrebbe partorire. Viceversa, questo effetto non avrebbe più luogo, non essendovi coeredi, dacchè allora l'erede non ha dritto soltanto ad una parte della cosa, ma all'intero: il suo atto gli darebbe solo la qualità di erede puro e semplice. Questo effetto non potrebbe avverarsi, che quando egli non si fosse ancora dichiarato, o avesse accettato col beneficio. Quanto ad un erede unico che ha accettato puramente, senza dubbio la sottrazione o l'occultamento non possono aver luogo, poichè le cose ereditarie gli appartengono nell'intero e diffinitivamente per effetto dell' accettazione.

Ma che decidere se l'erede si renda colpevole di sottrazione o di occultamento dopo avere rinunziato? Fa uopo distinguere: se un erede susseguente non avesse ancora accettato, i fatti di cui trattiamo, essendo dalla legge dichiarati atti di erede, vi sarà per parte sua valida accettazione giusta i termini dell' art. 790 (707); ma se l'accettazione dell'erede susseguente, fosse di già avvenuta, non potendo più aver luogo la accettazione di colui che rinunzia, il suo atto sarebbe un furto.

Il minore chiamato ad una eredità, non potendo accettarla (o per mezzo del suo tutore, o da sè stesso se emancipato) che con l' autorizzazione del consiglio di famiglia, e, d'altra parte, l'accettazione dovendo esser sempre col beneficio (articolo 461, 484 (387, 407)) ne deriva, che la sottrazione o l'occultamento da lui commesso non potrebbero nè farlo erede se non lo fosse, nè tramutare la sua qualità di erede beneficiato in quella di erede puro e semplice. Ma se fosse giudicato di avere egli agito con discernimento, e il dolo essere stato da parte sua, egli incorrerebbe nella perdita del suo dritto sulla cosa, essendo tal perdita la pena del reato di cui sarebbe allora riconosciuto colpevole (vedi la spiegazione degli art. 1460, 1477 (1425, T)).

SEZIONE III.

DEL BENEFICIO DELL' INVENTARIO, DEI SUOI EFFETTI, E DELLE OBBLIGAZIONI DELL'EREDE BENEFICIATO.

243. In Roma il dritto civile non aveva per nulla badato a garentire l'erede contro l'obbligo di pagare tutti i debiti del defunto anche *ultra vires haereditatis*: gli eredi necessarî (figli di famiglia o schiavi del defunto) sebbene investiti dell' eredità lor malgrado, di pieno dritto e senza poterla dimettere, non erano meno obbligati di soddisfare tutti i pesi per grandi che fossero; e quanto agli eredi esterni, essi è vero eran liberi di prendere o di ripudiare la eredità; ma l' una o l' altra cosa, e determinandosi per la adizione, dovevano sostenere tutti i carichi ereditarî.

Ben presto il Pretore, che qui come dappertutto rallentava i rigori del dritto dell'*ipsum jus*, venne in soccorso degli eredi, permettendo ai figli di famiglia, eredi suoi e necessarî, che si liberassero del pagamento dei debiti e di qualunque relazione coi creditori, col non ingerirsi affatto nei beni ereditarî: tal facoltà fu detta *beneficium abstentionis*. Egli accordò agli schiavi, eredi altresì necessarî, il dritto di non far confondere coi beni ereditarî i personali che potessero acquistare e di non pagare i creditori che fino alla concorrenza del valore dell' eredità: era il *beneficio di separazione* prima immagine del nostro beneficio d' inventario. Finalmente concedette agli eredi esterni la facoltà di dichiarare il loro intendimento dopo un termine sufficiente per esaminare lo stato della eredità e deliberare intorno al partito da prendere: *jus deliberandi*.

Più appresso l'imperadore Gordiano fece del beneficio di separazione un privilegio in favore di tutti i militari, con dichiarare che essi non sarebbero mai obbligati ai

debiti *ultra vires bonorum;* e Giustiniano in fine mutò tal privilegio in norma generale per tutti gli eredi sotto la condizione di fare un inventario dei beni ereditari (Instit. Justin., lib. II, tit. XIX, § 1 2 e 6).

244. Il beneficio d' inventario ammettevasi nelle nostre antiche consuetudini, ma era accompagnato da sì grande disfavore, che nelle successioni collaterali, accettando il primo erede col beneficio, il seguente poteva accettando puramente, costringere l' altro a scegliere fra una accettazione pura e semplice o una rinunzia.

L' accettazione beneficiata è una accettazione condizionale e significa: io resterò erede, se fatto stendere lo inventario trarrò beneficio dall' esserlo, cioè che i debiti e carichi ereditarî non pareggino l' entrata comprovata dall' inventario; se al contrario i debiti pareggino o superino l' entrata sarò estraneo alla successione.

793 (710).—La dichiarazione di un erede, il quale non vuole assumere questa qualità che col beneficio dell' inventario, deve esser fatta nella cancelleria del tribunale civile di prima istanza nel distretto in cui si è aperta la successione, o deve essere inscritta nel registro destinato a ricevere gli atti di rinuncia.*

SOMMARIO

I. Il beneficio d' inventario non giova che agli eredi legittimi soli successori alla persona.

II. Osservazioni intorno alle diverse specie di successori.—Effetti della omissione dell' inventario imposto ai successori.—Errori vari di Vazeille.

I.—245. La condizione del beneficio d'inventario, siccome abbiamo già detto, è necessaria soltanto agli eredi propriamente detti e non ai successori irregolari (1).

Vazeille intanto stima diversamente, e pretende (n° 9) che la nostra dottrina non fondasi che sopra *l' abuso* di una *parola.* Che importa, secondo lui, che i parenti naturali, il conjuge e lo Stato sieno chiamati eredi o successori irregolari? il nome nulla mette alla cosa: tutti succedono in luogo del defunto... Ma ci sembra che Vazeille non abbia compreso il punto donde muovono gli autori dei quali ammettiamo le idee; con maggior riflessione egli avrebbe osservato non essere quistione di parole, le parole la cui distinzione gli sembra tanto leggiera, esprimere cose profondamente diverse, e quindi giovar molto la distinzione.

II.—246. La ragione mostra abbastanza che vi ha diverse specie *di successori :* successori a titolo gratuito e a titolo oneroso ; successori universali e particolari; successori alla *persona medesima* (val dire che le subentrano nel posto civile che ella occupava) e successori ai *beni della persona* (che le subentrano solo nei beni di cui era proprietaria); successori alle persone viventi, e successori ai defunti.—Non possono esservi *successori alla persona* che fra i successori ai defunti; imperciocchè essendo vivente la persona, il suo posto non è vacuo, e quindi non può essere da altri occupato. Tutti i successori alla persona viventi adunque sono semplici successori ai beni.

La ragione mostra parimente quali sieno gli obblighi di ciascheduna classe di successori. Gli obblighi di una persona gra-

* L' articolo 710 è così espresso:

» La dichiarazione di un erede, che egli non intende assumere questa qualità se non col beneficio dell' inventario, debbe esser fatta nella cancelleria del tribunale civile della provincia o valle in cui si è aperta la successione, e debbe essere inserita nel registro destinato a ricevere gli atti di rinunzia.

« Per le eredità che non eccedano il valore di ducato trecento, la dichiarazione potrà farsi nel modo stesso presso la cancelleria del giudice del rispettivo circondario ».

(1) *Conf.* Chabot (art. 985 (911) n. 7)); Duranton (VII-11); Malpel (n. 326).

vano e sulla persona stessa e sul patrimonio che le appartiene: gravano sulla persona che vi è certamente obbligata per la totalità, e vi resterebbe sempre soggetta quand' anche tutto intero il suo patrimonio si distruggesse; gravano sul suo patrimonio che è sempre la garentia dei creditori, quand' anche la persona morisse senza che altri le subentri; ma questo patrimonio per la forza stessa delle cose non può rispondere dei debiti che fino alla concorrenza del suo valore. — I successori particolari ai beni di una persona non son tenuti ai debiti di questa; dacchè le obbligazioni non gravano sopra ciascuna cosa in *particolare*, ma sullo intiero, sull' unità che forma il patrimonio. Questi successori, anche universali, ai beni, non son tenuti ai debiti, se la loro successione è a titolo oneroso: allora difatti i beni che ricevono essendo surrogati, in mano del debitore che li aliena, con altri equivalenti, il patrimonio di questo non è modificato; ma continua a sussistere e rispondere solo delle obbligazioni del suo proprietario. I semplici successori ai beni non sono dunque obbligati ai debiti che succedendo in pari tempo a titolo gratuito e a titolo universale; ma pure non vi sono obbligati che fino alla concorrenza dei beni. — I successori alla persona che subentrano nel posto civile che ella medesima occupava continuano senza interruzione la persona giuridica di quella, sono investiti in conseguenza di tutti i suoi dritti attivi e passivi, e son tenuti dei suoi debiti indefinitivamente senza bisogno di investigare se molto, poco o nulla raccolgano.

247. Ora lo Stato, il conjuge, e i parenti naturali sono successori alla persona o solamente successori ai beni? *

Senza dubbio, non sono che successori ai beni, nè in Roma nè nel nostro antico dritto vi sono stati mai altri successori alla persona che gli eredi; erede, continuatore della persona, sono espressioni sinonime. Dunque con dichiarare formalmente il Codice che quelli di cui ragioniamo non sono eredi, esprime perciò che non sono successori alla persona.

E come dubitarne, quando la doppia disposizione degli art. 723, 724 (644, 645) presenta un sì evidente contrasto? La legge regola l' ordine di succedere *fra gli eredi* i quali sono investiti di pieno dritto dei beni..., *con l' obbligo di soddisfare tutti i pesi;* in loro mancanza, *i beni passano* ai successori irregolari, che debbono farsi immettere in possesso. Se questi successori rappresentassero la persona, se continuassero la parte giuridica di quella, essi si troverebbero come essa e immediatamente dopo di essa investiti del possesso dei beni ereditari: che non siano successori alla persona, ce lo prova il solo fatto di non avere lo immediato possesso.

E come in vero immaginarsi che lo Stato debba nella mente del legislatore sostenere *ultra vires bonorum* i carichi delle successioni che gli sono deferite?.. Vazeille stesso non osa dirlo, non parlando che di figli naturali o del conjuge. Ma gli art. 723, 724 (644, 645) ed altri non fanno alcuna distinzione fra i diversi successori. Dunque, i parenti naturali e il conjuge sono dispensati della dichiarazione alla cancelleria come lo è il fisco, e come un tempo lo erano o il fisco o il signore Gran giustiziere.

La sola obbiezione di Vazeille è questa: se questi successori non sono quelli che rappresentano il defunto, chi dunque sarà, quando essi son soli? si può essere successore universale o a titolo universale di una persona senza subentrare nel suo posto?... Sì veramente, si può essere successore universale di una persona, non occupando il posto giuridico di lei: così assegnandovi con una donazione fra vivi tutto il mio patrimonio, voi siete il mio successore universale, e pure non prendete il mio posto per la semplice ragione che il posto non è vuoto. Non bisogna dunque confondere, come fa Vazeille, la rappresentazione della

* Quanto ai figli naturali, non può farsi quistione secondo le nostre leggi civili, se sieno o pur no successori alla persona del defunto, dopo che fu fermato il principio che essi sono eredi.

persona rispetto alla proprietà dei suoi beni, con quella indefinita ed assoluta che fa vivere legalmente la persona, senza interruzione, rivestendo l' erede di quella parte di cui la morte spogliava il suo autore. Questa assoluta e perfetta rappresentazione può non esistere quand' anche i beni passano a successori universali; e allorchè Vazeille ci domanda chi sarà il perfetto rappresentante del defunto, non essendovi che successori irregolari, basti rispondergli che egli non ne avrà.

Vazeille afferma che Chabot e Malpel ammettono una eccezione al principio da noi stabilito, quando i figli naturali concorrano con eredi legittimi; la quale eccezione fondano, dice egli, sul non essere astretto in tal caso il figlio naturale a fare l'inventario.

Questo asserto è un gravissimo errore; questi due scrittori non hanno detto, nè potevan dire, che il figlio naturale sarebbe tenuto senza determinazione ai debiti nella concorrenza cogli eredi legittimi; imperocchè essendo il figlio ammesso ad una porzione di beni, e non *all' eredità*, nè alla rappresentazione della persona che resta unicamente sull'erede legittimo, questi solo dee rispondere ai creditori, salvo a far contribuire il figlio naturale. E poi i due scrittori nulla han detto di ciò che loro si fa dire, essendo affatto diverso il caso da essi preveduto dall'altro che Vazeille ha supposto. Essi parlano di successori irregolari, venienti soli e che hanno trascurato l'inventario comandato loro dagli articoli 769 e 773 (685, T). È questo il caso previsto, e se è vero che Chabot ammetta allora l'obbligo di pagare i debiti indeterminatamente, è falso che ciò sia parimente ammesso da Malpel, imperocchè questi al contrario combatte Chabot con ragioni che ci sembrano perentorie.—E di fatti il successore ha senza dubbio la colpa di non aver fatto inventario; ma una colpa, quale che essa sia, non può tramutare in erede legittimo un successore irregolare. Bisogna, si dice, che egli soffra la conseguenza della sua contravvenzione e ristori il danno probabile che per la sua propria colpa non si può comprovare. Senza dubbio, ma che occorre fare per ciò? Autorizzare semplicemente i creditori a determinare lo ammontare dei beni colle sole probabilità, cui *si dice*, in una parola colla voce pubblica. Sicchè, se il successore pretende che l' entrate fossero solo di 12,000 franchi, e la pubblica voce faccia credere che potessero ascendere a 20,000, il successore potrà esser tenuto a pagare 20,000 franchi. Ma la sua colpa non è sufficiente per fargli pagare 30,000, 40,000 o 80 mila franchi, quando è certo che l'entrata non era tutto al più che di 20,000.

248. Del resto, per quanto ci sembra certa la dottrina sviluppata sotto questo articolo, essendo essa controversa, faran sempre meglio i successori irregolari se evitino ogni difficoltà, ponendosi sotto l'egida del beneficio dell'inventario.

794 (711). — Questa dichiarazione non produce effetto che quando è preceduta o susseguita da un fedele ed esatto inventario dei beni dell'eredità, nelle forme regolate dalle leggi sopra la procedura civile, e nei termini che verranno stabiliti in appresso.

249. L'inventario, secondo i termini del nostro articolo, deve presentare tre qualità, cioè fedeltà, esattezza e regolarità: la seconda delle quali non può essere richiesta tanto rigorosamente come le due altre. Dev'essere fedele, cioè fatto di buona fede e senza frode; esatto, cioè che indichi realmente tutti i beni ereditari; in fine regolare, cioè steso nelle forme volute dalla legge che sono indicate nel Codice di procedura (art. 941 (863) e seg.). L'inventario potrebbe essere fedele e non esatto, e viceversa; così, se l'erede trascuri scientemente nell' inventario qualche cosa che egli creda appartenere all'eredità, l'inventario sarà infedele, e nondimeno se la cosa in realtà e malgrado il pensiero dell'erede non facesse parte dei beni ereditari, esso

sarà esatto. Se al contrario, lo erede ha omesso qualche cosa appartenente all'eredità, ritenendo che difatti non ne facesse parte, l'inventario sarà eseguito fedelmente, e pure riuscirà inesatto. Or di leggieri comprendesi, che la esattezza dell'inventario non può esser richiesta con rigore tanto assoluto come la sua fedeltà: non si può pretendere che l'erede nissuno errore commetta; l'inventario dunque dev'essere esatto, *per quanto è possibile*, mentre deve essere assolutamente fedele. Dippiù vedremo con l'art. 801 (718) che la decadenza dal beneficio risulta sempre dall'**infedeltà**, e non mai dalla semplice **inesattezza**.

Quantunque l'inventario **secondo** il nostro articolo, possa farsi **prima** o dopo la dichiarazione di accettare **col** beneficio, gioverà sempre farlo **prima**. Imperciocchè l'erede provando che **l'eredità** non è buona, invece di accettare **col** beneficio potrà rinunziare, il che **gli farà** schivare le difficoltà dell'amministrazione, ed anche le relazioni a cui potrebbe assoggettarlo l'accettazione.

795 (712). — L'erede deve fare l'inventario entro tre mesi, computabili dall' aperta successione.

Ha inoltre un termine di quaranta giorni per deliberare intorno alla accettazione o rinunzia dell'eredità, i quali cominciano a decorrere dal giorno della scadenza de' tre mesi accordati per l'inventario, o dal giorno in cui fu compito l'inventario stesso, nel caso che fosse ultimato prima di tre mesi.

250. Gli eredi investiti per la morte del defunto, hanno un termine di tre mesi a contare dalla morte, per compilare lo inventario che deve far loro conoscere lo stato della eredità; di più, non avendo manifestato il loro intendimento prima di fare l'inventario, ne hanno un altro di quaranta giorni per deliberare se debbano accettare puramente o col beneficio, ovvero rinunziare; se essi avessero prima fatto l'accettazione beneficiata non avrebbero altro termine che quello di tre mesi, non potendo trattarsi più dei quaranta giorni. Del resto, il termine di tre mesi e quaranta giorni, non essendo fatale, può esser prorogato dal giudice (art. 798 (715)) ; ed anche dopo spirati tutti i termini, l' erede può ancora entro i trenta anni dalla apertura, fino a tanto che non gli è impressa *la* qualità di erede puro e semplice, *invocare* il beneficio dell' inventario o anche *rinunziare* (art. 789 (706)). Dopo i trenta anni, come si sa, gli rimarrebbe la sola facoltà di accettare col beneficio, essendogli vietata la rinunzia dall' art. 789 (706).

Diciamo che i termini si contano dal giorno della morte per gli eredi che sono stati investiti al momento stesso della morte: difatti, contro gli eredi più lontani che non sarebbero investiti che per la rinunzia dei primi, correrebbe a contare soltanto da tal rinunzia o il termine di tre mesi e quaranta giorni non essendosi fatto inventario dai primi, o quello di quaranta giorni.

796 (713). — Se però si trovano nella eredità degli oggetti suscettibili di deperimento, o la cui conservazione importi grave dispendio, l'erede nella sua qualità di successibile, può farsi giudicialmente autorizzare a procedere alla vendita de' medesimi senza che da ciò si possa indurre ch'egli abbia accettata l'eredità.

Questa vendita deve farsi col mezzo di pubblico ufficiale, dopo gli avvisi e le pubblicazioni regolate secondo le leggi della procedura civile.*

* Le formalità richieste dalle leggi di procedura civile sono dettate dagli art. 1021 a 1028, e dagli art. 1062 a 1072 che noi abbiamo voluto qui riportare:

Della vendita dei mobili.

1021. Quando in esecuzione dell' art. 743 delle leggi civili avrà luogo la vendita dei mobili dipen-

231. Abbiamo già osservato che l'erede può (non facendo con ciò atto di erede) compire da se *solo* tutti gli atti puramente conservatori, e con *l'autorizzazione del giudice*, tutti quelli che non sono di tal natura. Facendosi uno di questi ultimi senza le formalità del nostro articolo. l'atto sarebbe sempre valido, ma trarrebbe seco contro l'erede l'accettazione pura e semplice.

797 (714). — Durante i termini accordati per fare l'inventario e per deliberare, l'erede non può essere costretto ad assumerne la qualità, e non può essere ottenuta alcuna condanna contro di lui. Se rinuncia all'eredità, prima o dopo spirati i termini, le spese da lui fatte legittimamente sino a tale epoca, sono a carico dell'eredità.

denti da una eredità, essa dovrà farsi colle forme stabilite nel titolo del pignoramento dei mobili.

1022. Si procederà alla medesima, sulle istanze di una delle parti interessate, per mezzo di un uffiziale pubblico, ed in coerenza dell'ordinanza che ne darà il presidente del tribunale civile.

1023. Saranno citate a trovarsi presenti le parti che avranno diritto di assistere alla formazione dell' inventario, e che abiteranno, o pure avranno eletto il domicilio nella distanza di quindici miglia; l'atto sarà notificato al domicilio eletto.

1024. Se insorgono difficoltà, il presidente del tribunal civile potrà decidere provvisoriamente in conseguenza di una esposizione sommaria.

1025. La vendita sarà fatta nel luogo dove saranno gli effetti, se non sarà diversamente ordinato.

1026. La vendita dovrà eseguirsi tanto in presenza, che in assenza delle parti interessate, e senza bisogno di chiamar qualcuno a rappresentarle se non compariscono.

1027. Sarà fatta menzione nel processo verbale della presenza o dell'assenza della parte istante.

1028. Se avviene che tutte le parti sieno maggiori, presenti ed unanimi, e che non vi sia alcun terzo interessato, esse non saranno obbligate alla osservanza di alcuna delle formalità di sopra ordinate.

Del beneficio dell'inventario.

1062. Se l'erede prima di assumere una tal qualità, vuol farsi autorizzare in conformità delle leggi civili a procedere alla vendita de' mobili appartenenti alla eredità, dovrà presentare a questo effetto una domanda al presidente del tribunale civile della provincia o valle in cui la successione si è aperta.

Un uffiziale pubblico eseguirà la vendita de' predetti mobili dopo l'affissione degli editti e le pubblicazioni stabilite di sopra per la vendita de' mobili.

1063. Occorrendo la vendita di qualche immobile appartenuto alla eredità, l'erede beneficiato dovrà presentare al presidente del tribunale civile una domanda ove l'immobile sia descritto. Questa domanda sarà comunicata al pubblico ministero, e sulle conclusioni di esso e la relazione di un giudice nominato a tale oggetto, sarà profferita una sentenza la quale, prima di ogn' altra cosa, ordinerà che l' immobile sia venduto e stimato da un perito nominato di uffizio.

1064 Se la relazione del perito trovasi nelle regole, sarà approvata dallo stesso tribunale, alle istanze che gliene sieno fatte; e sulle conclusioni del pubblico ministero la sentenza ordinerà la vendita.

Questa dovrà effettuarsi secondo le formalità ordinate col titolo delle divisioni e delle vendite all'incanto.

L'erede beneficiato sarà considerato erede puro e semplice, se avrà venduto qualche immobile, senza osservar le regole stabilite nel titolo presente.

1065. Se occorrerà la vendita de' mobili e delle rendite appartenenti alla eredità, dovrà questa eseguirsi nelle forme stabilite per la vendita di questa sorta di beni, sotto pena, contro l'erede beneficiato. di esser considerato puro e semplice erede.

1066. Il prezzo della vendita de' mobili sarà diviso per contributo fra' creditori opponenti, secondo le formalità indicate nel titolo delle distribuzioni per contributo.

1067. Il prezzo della vendita degl'immobili sarà distribuito, secondo l' ordine de' privilegi e delle ipoteche.

1068. Il creditore o qualunque altra parte interessata che voglia obbligare l' erede beneficiato a prestar cauzione lo farà intimare a tale oggetto per mezzo di un atto stragiudiziale notificato alla persona o al suo domicilio.

1069. L'erede nel termine di tre giorni da questa intimazione, più un giorno per ogni spazio di quindici miglia di distanza fra il suo domicilio ed il comune in cui risiede il tribunale, sarà tenuto a prestar cauzione nella cancelleria del tribunale della provincia o valle dove si è aperta la successione, nelle forme stabilite per ricevere le cauzioni.

1070. Insorgendo intorno al ricevimento della cauzione qualche difficoltà, il patrocinatore il più anziano rappresenterà i creditori provocati.

1071. Quanto al rendimento dei conti da farsi dall' erede che gode il beneficio dello inventario, saranno osservate le forme indicate nel titolo dei rendimenti di conti.

1072. Le azioni che l' erede beneficiato volesse intentare contra l' eredità, saranno dirette contro gli altri eredi: e se questi non esistono, o che tali azioni sieno da tutti intentate, esse dovranno promuoversi contro un curatore della eredità beneficiata, il quale sarà nominato nella stessa forma con cui si diviene alla nomina del curatore di una eredità giacente.

798 (715). — Scorsi i suddetti termini, l' erede, in caso che venga chiamato in giudizio, può chiedere un nuovo termine il quale gli verrà ancora accordato o negato, secondo le circostanze, dal tribunale avanti cui pende la contestazione.

799 (716). — Le spese della lite, nel caso del precedente articolo, sono a carico dell' eredità, quando l' erede giustifichi, o che non era informato della morte, o che i termini sono stati insufficienti, sia a cagione della situazione dei beni, sia per causa di sopravvenute controversie; in mancanza di tali giustificazioni, le spese restano a suo carico personale.

252. Conviene, quanto ai termini, distinguere tre casi: 1° nei termini dati dalla legge (tre mesi e quaranta giorni) l' erede libero d' accettare o rinunziare, non è mai tenuto alle spese che sono a carico della eredità; 2° durante il termine prorogato dal tribunale, il quale può esser accordato quando pure si potesse tassare di negligenza l' erede, questi è ancora libero di accettare o rinunziare; ma le spese sono a suo carico, non provando essergli stato impossibile far prima la sua dichiarazione; 3° in ultimo, spirati i termini accordati dalla legge e prorogati dal giudice, l'erede, libero sempre d'accettare o di rinunziare, sebbene l'art. 800 (717) non si spieghi su quest' ultima facoltà, avrebbe necessariamente a suo carico tutte le spese.

800 (717). — L'erede, benchè sieno scorsi i termini accordati dall'art. 795 (712), e quelli concessi dal giudice in conformità dell'art. 798 (715), ha nondimeno la facoltà di fare l'inventario, e di qualificarsi erede beneficiato, quando non abbia esercitato d'altronde verun atto proprio di erede, o non vi sia contro di lui qualche sentenza passata in giudicato, la quale lo condanni nella qualità di erede puro e semplice.

253. — Abbiamo già detto che nel caso dello articolo nostro, l' erede conserva il dritto di essere erede beneficiato, non che quello di rinunziare alla eredità; il qual dritto di rinunziare infatti prescrivesi con trenta anni. Tutti sono in ciò d'accordo; ma la interpretazione della seconda parte del nostro articolo ha dato luogo a discordi avvisi.

Allorquando una sentenza passata in cosa giudicata, ha condannato l'erede colla qualità di erede puro e semplice, giova essa solamente al creditore che l'ha ottenuta, ovvero l'erede non può assolutamente più rinunziare nè accettare col beneficio? La quistione è molto dibattuta (1). Ma noi non esitiamo a deciderla nel secondo senso.

Se non che non crediamo, come parecchi autori, potersi fondare la nostra maniera di decidere sulla discussione fatta su tale obbietto nel consiglio di Stato. Gli è vero che uno articolo del progetto che venia dietro all' art. 780 (697) e che positivamente dichiarava che la qualità di erede puro e semplice starebbe solo rispetto al creditore che avrebbe ottenuto la sentenza, è stato rigettato dal Codice, ma ciò non dà alcuna luce sulla nostra quistione. Da una parte, in fatti, moltissimi consiglieri Tronchet, Defermon, Boulay, Muraire, Bigot de Preameneu, Maleville, combatterono calorosamente la disposizione di questo articolo. Ma dall'altra Berlier che con alcuni altri la difendeva, finì con dire che « se si dovesse poi ammettere l' articolo 1351 (1305), relativo all' autorità della cosa giudicata, la disposizione al presente discussa poteva sopprimersi *come inutile*, essendo che il principio generale applicherebbesi a questa specie come alle altre tutte ». Non si può dunque dire se questa disposizione sia stata tolta per non

(1) Nel primo senso: Delvincourt, Chabot (n. 3); Pigeau (*Proc.*, I, p. 169); Duranton (VII 25); Zachariae (IV, p. 275); — Nel secondo: Maleville, Merlin (*Quest.*, *Erede*, § 8); Favard (*Rinunzia*); Carrè (*Proc.*, I-763); Boncenne (III, p. 333); Vazeille (n. 2); Malpel (n. 194); Valette (*Riv. stran.*, t. IX, p. 257). — Toullier e Duvergier (IV-344) ricordano la quistione, ma non la risolvono.

raddoppiare, secondo Berlier, la idea dell'art. 1351 (1305) che sarebbesi dipoi adottata; o perchè presentava una regola inammessibile, siccome sostenevano Tronchet, Maleville ed altri (Fenet, XII, pagi-39-44).

Ai nostri occhi non è però men certa la ragionevolezza della nostra dottrina, sembrandoci che il nostro articolo non possa avere due interpretazioni. Che dice egli infatti? Che l'erede può sempre accettare col beneficio se non ha fatto atto di erede, o se non ha lasciato passare in cosa giudicata una sentenza che come erede lo condanna. Or ciò certamente significa, che fattosi un atto di erede, o esistendo una sentenza, l'erede non potrà più accettare col beneficio; ma non potendo più accettare, in tal guisa egli sarà dunque erede puro e semplice, assoluto erede. — Questo unico senso dell'articolo sarebbe abbastanza chiaro, quand'anche non vi si parlasse che della sentenza: ma la dimostrazione non giunge alla maggiore evidenza, quando l'articolo mette insieme e rassomiglia l'uno all'altro, il caso della sentenza passata in cosa giudicata, e *il caso di* ***un atto di erede***?

E notate che l'articolo così inteso, ***non costituisce eccezione*** all'art. 1351 (1305). In vero il nostro articolo non dichiara puro e semplice lo erede, appunto per esservi cosa giudicata contro di lui, ma per aver lasciato passare la sentenza in cosa giudicata, per non avere potendo fatto appello della sentenza. L'articolo non parla di qualunque sentenza che abbia forza di cosa giudicata, ma soltanto *di quella che è passata in cosa giudicata*, per modo che la sentenza profferita in ultima istanza non produrrebbe questo effetto. La legge non considera l'autorità della sentenza, bensì il consenso tacito, derivante dal volontario silenzio di colui che si è lasciato imprimere, senza farne richiamo, il carattere di erede puro e semplice. Tal disposizione è data dalla legge, non perchè vi sia ***res judicata***, ma perchè vi è ***res confessa***. Bisognava « riguardare quasi abbia accetta» to, ha detto Muraire, quello che ***ha la» sciato passare*** la sentenza in cosa giu» dicata; col ***suo silenzio*** egli ha manife» stato abbastanza la sua volontà ». (Fenet, p. 41).

801 (718). — L'erede che è colpevole di aver occultato, o di avere, scientemente e con mala fede, omesso di descrivere nell'inventario alcuni effetti appartenuti all'eredità, è decaduto dal beneficio dell'inventario.

254. Qualunque omissione fraudolenta, cioè qualunque infedeltà nell'inventario, produce decadimento dal beneficio e rende lo erede puro e semplice, posto anche che in fatto la cosa omessa non appartenesse alla successione, bastando che l'erede abbia ritenuto ne facesse parte. Così non dobbiam credere che il nostro articolo esiga come due distinte condizioni, primo che la omissione sia di *mala fede*, e secondo che versi realmente sopra *effetti ereditari;* la legge vuol parlare di effetti che si pensava l'erede appartenessero alla eredità. In questo modo il semplice fatto dell'occultamento, quando pure vi fosse stato errore, è dichiarato assolutamente una causa di decadenza: l'erede che occulta od omette scientemente effetti che egli crede far parte dell'eredità, si reputa fare atto di erede puro e semplice.

Il nostro articolo come si scorge è l'applicazione all'erede beneficiato, del principio stanziato più sopra nell'articolo 792 (709) secondo il quale, la occultazione o la sottrazione di effetti spettanti ad una eredità, equivale ad un atto di erede; la omissione fraudolenta di una cosa nell'inventario è la sottrazione di essa.

802 (719). — L'effetto del beneficio dell'inventario consiste nel dare all'erede il vantaggio.

1° Che non sia tenuto al pagamento dei debiti ereditari, se non fino alla concorrente somma del valore de' beni ad esso

pervenuti, ed anche che possa liberarsi dal pagamento dei debiti coll' abbandonare tutti i beni dell' eredità ai creditori ed ai legatarì;

2° Che non siano confusi i suoi beni proprî con quelli dell' eredità, e che gli sia conservato contro la medesima il diritto di chiedere il pagamento dei suoi crediti.

SOMMARIO

I. L' unico effetto del beneficio d' inventario è d' impedire la confusione dei due patrimonî: ne è conseguenza il dritto di abbandonare i beni in pagamento. — Tale abbandono non equivale ad una rinunzia. Errore di Toullier riconosciuto da Duvergier.

II. Il patrimonio dell' erede conserva tutti i suoi dritti personali e reali *contro il patrimonio del defunto, e viceversa.*

III. Contro chi s' istituiscono le azioni dell' erede contro la eredità, e da chi si esercitano quelle dell' eredità contro di lui.

I. — 255. Il beneficio d' inventario non produce alla fine che un solo effetto da cui tutti gli altri derivano; il quale effetto unico e generale consiste nell' impedire che si confondano i beni ereditarî con quelli dell' erede, e si conservino distinti i due patrimonî, ognuno dei quali serba i suoi proprî debiti. Onde l' erede beneficiato non solo è tenuto dei debiti ereditarî fino alla concorrenza dei beni, secondo dice il nostro articolo, ma ben pure sopra questi beni e in quanto ne sia detentore; perciò abbandonandoli egli si libera dai debiti.

Quando l' erede beneficiato abbandona in tal modo i beni ai creditori e legatari onde questi si faccian pagare ciò che loro è dovuto, i creditori e legatarî sono incaricati, in cambio dell'erede, di far vendere i beni nelle forme prescritte; e fa mestieri applicar loro ciò che gli articoli seguenti ne diranno dello stesso erede, quado egli amministra il patrimonio del defunto. Ma se ridotti i beni in danaro e soddisfatti tutti i pesi ereditarî, non rimane esaurita la entrata dell' eredità così abbandonata, a chi apparterrà il dippiù? È certo che non sarà dei creditori o legatarî; questo abbandono nè secondo la legge nè secondo l' idea dell' erede che lo consente, può contenere una donazione. Ma ritornerà questo dippiù all'erede beneficiato, ovvero agli eredi che in sua mancanza avrebbero raccolta la eredità? Tal quistione è tutta una cosa con l'altra, se l'abbandono dell'erede beneficiato costituisca o pur nò una rinunzia all' eredità.

Ora non può esservi quistione quando si colgono i principî della legge in tal materia. In fatti accettare col beneficio vale accettare: l'erede beneficiato è vero si reputerà come se non abbia accettato, e sarà estraneo alla eredità, essendo maggiori i debiti che i beni, perchè egli non ha accettato che pel beneficio; ma se al contrario i beni superano i debiti, egli resta erede, perchè ha accettato; or quando si è accettato, è quindi impossibile qualunque rinunzia, *semel haeres semper haeres*. — Toullier (IV-358) incorre dunque in un errore e in una manifesta contraddizione, professando da una mano, che l'erede beneficiato non può rinunziare, e dicendo dall'altra, che l' abbandono di cui è parola nel nostro articolo, contiene una tacita rinunzia che produrrà il suo effetto! Se la rinunzia è impossibile a questo erede, anche con espressa manifestazione della sua volontà, come si riconoscerebbe valida ed efficace in un atto, che non ne suppone per nulla il pensiero?

Non si fa l'abbandono assolutamente, ma soltanto secondo lo spirito e i termini del nostro articolo, ai creditori e legatarì; or non potendo questi profittarne che nei limiti di ciò che la eredità lor deve, dunque l' abbandono si fa soltanto entro questi limiti, oltre i quali i beni appar-

tengono allo erede che ha abbandonato (1).

E poichè l'erede beneficiato rimane erede non ostante l'abbandono, ne segue che se uno fra più coeredi facesse l'abbandono (ciò potrebbe fare solo per la sua parte) l'erede resterebbe sempre obbligato a conferire.

II.—256. Rimanendo separati per effetto del beneficio dell'inventario i due patrimonî del defunto e dell'erede, ne consegue necessariamente, che l'erede, come dice l'ultimo paragrafo del nostro articolo, conserva il dritto di ripetere i suoi crediti, contro la eredità, che egli potrà far valere, come tutti gli altri creditori, e come se alla eredità fosse estraneo; viceversa, e per medesimezza di ragione, la eredità conserverebbe i crediti del defunto contro l'erede. Così, mentre l'accettazione pura e semplice, con confondere in uno i due patrimonî e far divenire proprî dell'erede, i crediti e debiti del defunto, estingue tutti i dritti, che esistevano per l'uno di questi patrimonî contro l'altro, non potendo nella stessa persona riunirsi la qualità di debitore o creditore (articolo *1300* (1254)), l'accettazione beneficiata fa sussistere tutti i dritti che ciascuno dei due patrimonî aveva contro l'altro.

E per fermo il beneficio dell'inventario non conserva soltanto i crediti o dritti personali dell'un patrimonio contro l'altro, ma altresì i dritti reali, che potrebbero fra loro esistere. Così, quando un immobile dell'erede gode una servitù sopra un immobile ereditario, o viceversa, se l'erede ha un dritto di usufrutto o di uso sovra alcuni beni spettanti all'eredità, l'usufrutto o la servitù continuano ad esistere per effetto della separazione de' patrimonî.

La Corte di Riom ha dunque violato profondamente i principî di questa materia, quando con decisione dei 13 dicembre 1807 negava ad un erede beneficiato il dritto di ripetere contro un terzo acquirente i suoi proprî immobili indebitamente alienati dal suo autore, sotto il sembiante che essendo costui obbligato a garantire lo acquirente delle conseguenze di una evizione, il suo erede vi era perciò obbligato. Grave errore: l'erede senza dubbio vi sarebbe stato tenuto se puro e semplice, fosse succeduto alle obbligazioni del suo autore; ma non avendo accettato che col beneficio, e rimanendo distinto e separato da quello del defunto il suo proprio patrimonio, cioè tutte insieme le sue entrate ed uscite, le obbligazioni del defunto non erano cadute sopra di lui (2).

III.—257. Contro chi l'erede beneficiato eserciterà le azioni che può avere contro la eredità, e da chi saranno esercitate contro di lui quelle dell'eredità, vien stanziato nello art. 996 (1072) del Codice di procedura, il quale dichiara, che l'erede agirà contro i suoi coeredi se ne abbia; o essendo egli solo, o istituendosi l'azione da tutti gli eredi, essa sarà diretta contro un curatore nominato come i curatori alle eredità giacenti; il quale altresì eserciterebbe le azioni spettanti alla eredità contro l'erede.

L'erede beneficiato, abbiamo noi detto, conservando il possesso dei beni invece di abbandonarli ai creditori e legatarî, è incaricato dalla legge di amministrare i beni e farli vendere, se occorre, per soddisfare i pesi ereditarî; ciò sarà spiegato dagli otto articoli seguenti che formano l'ultima parte della nostra sezione.

803 (720).—L'erede beneficiato è incaricato di amministrare i beni ereditari, e deve render conto della sua amministrazione ai creditori ed ai legatarî.

Non può essere costretto al pagamento co' beni suoi proprî, che dopo essere stato

(1) Conf. Chabot (n. 8); Delvincourt (t. II); Grenier (*Donaz.*, II-505); Duranton (VII-43); Dalloz (*Success.*, cap. 5); Poujol (n. 4); Duvergier (*sopra Toullier*); Parigi, 26 dic. 1815; Douai, 29 luglio 1816; Metz, 22 marzo 1817; Colmar, 8 marzo 1820; Orléans, 6 luglio 1827; Cassaz., 21 dic. 1829; Lione, 13 aprile 1837; Rig., 25 marzo 1840 (Dev., 46, 1, 456; *J. du Pal.*, I, 1840, pag. 708).

(2) Montpellier, 4 giugno 1810; Rig., 1 dic. 1312.

costituito in mora a presentare il suo conto, e quando non abbia ancora soddisfatto a questo dovere.

Dopo la liquidazione del conto, non può essere astretto al pagamento co' suoi propri beni, che solamente fino alla concorrenza di quelle somme, delle quali egli risulti debitore per residuo.

I.—258. La legge rende l'erede beneficiato amministratore dei beni ereditari; spetta a lui di amministrare attivamente e passivamente tutti gli affari dell'eredità; istituire le azioni, difendersi contro quelle dei terzi, fare gli affitti, ricevere le pigioni ed altre rendite, perseguire i debitori, ecc., ma deve agire sempre entro i limiti di un amministratore, dovendo nelle dubbie circostanze farsi autorizzare dal magistrato. Non pertanto egli può far validamente qualunque specie di atto, perchè essendo realmente erede, proprietario dei beni, l' atto più completo di disposizione gli sarebbe permesso, e produrrebbe tutti i suoi effetti; ma farebbe allora atto di erede, uscirebbe dai limiti di amministratore per condursi da padrone dei beni, e quindi perderebbe il beneficio dell' inventario, e diverrebbe erede puro e semplice.

Amministratore nell' interesse dei creditori e legatari, l'erede beneficiato deve evidentemente dar loro conto della sua amministrazione; e di certo sarebbe tenuto sopra i suoi beni personali del ristoro dei danni da lui prodotti. Se dunque sulla domanda degli interessati e sulla statuizione del tribunale (che nel silenzio della legge fisserebbe un termine sufficiente), l' erede si ricusasse di rendere i suoi conti, o se fatto liquido il conto cioè dopo verificato il suo stato d' entrate ed uscite, egli rimanesse debitore, e non pagasse il residuo, i creditori e i legatari potrebbero perseguirlo contro i suoi beni personali nei due casi.

II.—Non bisognerebbe perciò credere, che l' erede sia allora decaduto dal beneficio dell' inventario: se in questi due casi egli è perseguito sopra i suoi beni personali, non è perchè egli sia erede puro e semplice; ma solo perchè allora si tratta di obbligazioni che gli sono personali e non di obbligazioni dell' eredità. Egli non è tenuto quale erede del defunto a render conto e a pagarne il residuo, ma in quanto ha amministrato, e come lo sarebbe qualunque altro amministratore.—Ma ciò non impedirebbe che quando egli ricusasse di rendere i conti, egli non vi potesse esser condannato sotto la penale *di una somma eguale all' ammontare totale* dei debiti e dei legati, perchè il suo rifiuto darebbe a divedere di aver ricevuto altrettanto e più che non bisognava per soddisfar tutto: in tutti i casi egli non può dolersi di una sentenza che gli lasci l' alternativa, o di pagare tutto ciò che è dovuto, o di stabilire i suoi conti.

804 (721).—Egli non è tenuto che per mancanze gravi commesse nell' amministrazione di cui è incaricato.

259. L' erede beneficiato, essendo tenuto di amministrare pel solo effetto della sua qualità e senza alcuna convenzione da lui stabilita, essendo altronde gratuita la sua amministrazione, egli non dovea trattarsi con rigore, e la legge dichiara con ragione che egli non sarebbe tenuto che delle colpe gravi. Ma quando sarebbe abbastanza grave la colpa che ei ne dovesse la riparazione? È questo certamente un punto di fatto lasciato all' esame dei tribunali, e la di cui valutazione dipenderà necessariamente dalle circostanze.

—(722).*

*Art. 722. Lo erede cui sarebbe dovuto per legge una quota di riserba, quante volte non curi di far

805 (723 M). — Non può vendere i mobili dell'eredità, che col mezzo di un pubblico uffiziale agl' incanti, e dopo le solite affissioni e pubblicazioni.

Se li presenta in natura, non è obbligato che per la diminuzione del loro valore, o per la deteriorazione cagionata dalla sua negligenza*.

806 (724 M). — Non può vendere gl'immobili, che nelle forme prescritte dalle leggi sulla procedura: è tenuto ad assegnarne il prezzo ai creditori ipotecari che si sono fatti riconoscere.**

SOMMARIO

I. Sarebbe valida qualunque vendita fatta dall'erede, senza compiere le formalità prescritte, ma lo renderebbe erede puro e semplice.
II. In che modo si distribuisce il prezzo dei beni venduti.

I. — **260.** L'erede beneficiato, amministratore dei beni dell'eredità, non può, dicono i nostri articoli, vendere i mobili e gl' immobili che con certe formalità. Il che non altro significa che senza di esse egli non potrebbe vendere, rimanendo erede beneficiato. Questo erede è sempre proprietario dei beni, e se li vendesse di suo arbitrio, e senza le formalità prescritte, sarebbe valida la vendita; ma per tale atto di erede renderebbesi erede puro e semplice: ciò positivamente dichiarano gli art. 988 e 989 (1064 e 1065) dello stesso Codice nel titolo dell' inventario. In questo medesimo titolo dello stesso Codice, e negli articoli ai quali rimanda, sono indicate le formalità che deve eseguire l' erede beneficiato.

Per gl' immobili la prima formalità è di chiedere l'autorizzazione giudiziale (Codice

l' inventario, non solo perde il dritto a dedurla, ma sarà anche tenuto nei beni propri. »

La dichiarazione che fa un erede di volere assumere la qualità beneficiata non ha effetto se non quando è preceduta o seguita da un fedele ed esatto inventario dei beni ereditari (art. 794 (711). Ma la mancanza dello inventario produce le medesime conseguenze, rispetto allo erede legittimario? Ciò fu dibattuto nel regno di Napoli dopo che venne quivi adottato il Codice civile Napoleone. — Il legislatore tolse le dubitazioni, prescrivendo coll' articolo 722 che lo erede legittimario, pena di non aver fatto inventario, perdesse non solo il dritto a dedurre la sua quota di legittima, ma fosse anche tenuto sopra i propri beni. — Ed era giusto; imperocchè l' erede che rinunzia agli effetti del beneficio, confonde il suo col patrimonio del defunto. Se non che egli potrebbe, scorsi i termini posti dall' art. 712, e quelli accordati dal giudice in conformità dell' art. 715, far sempre lo inventario, purchè non abbia fatto alcun atto di erede. — Lo erede legittimario adunque, quando pure non volesse assumere la qualità beneficiata, a cessare ogni sospetto di frode, dovrebbe sempre far distendere l' inventario, domandare la riduzione delle donazioni fatte dal defunto. — (Corte suprema di Napoli, 14 settembre 1848).

Questa disposizione dell' art. 722 dettata nello interesse dei creditori ereditari, rispetto a questi solamente deve applicarsi, e non mai fra coeredi, onde la Corte suprema di Napoli ha stabilito le seguenti massime.

1° La mancanza dell' inventario non toglie il dritto a reclamare la legittima nei rapporti tra coeredi prelegatari della disponibile. In altri termini: l' articolo 722 delle leggi civili non è applicabile tra coeredi. 28 febbraro 1852.

2° Un coerede cui è dovuta la legittima ben può essere ammesso, anche in mancanza dell'inventario, a domandare contro l' altro coerede la riduzione della donazione che eccede la disponibile paterna. In altri termini: la disposizione dell' art. 722 delle leggi civili riguarda il solo interesse dei creditori ereditari, non già medesimamente quello dei donatari al di là del disponibile. 8 luglio 1852.

*-** Gli art. 805 e 806 sono stati modificati nelle nostre leggi civili dagli art. 723 e 724.

Art. 723. L' erede beneficiato decade dal beneficio dell' inventario qualora tra il termine di cinque anni da decorrere dal dì della sua dichiarazione di erede venda i mobili della eredità, senza l' intervento del pubblico uffiziale, senza incanto e senza far precedere i soliti affissi e le pubblicazioni.

Art. 724. Similmente decade dal beneficio dell' inventario l' erede qualora tra il termine suddetto di cinque anni da decorrere come sopra venda gl' immobili altrimenti che con le forme prescritte dalle *leggi di procedura nei giudizi civili*. Egli però è sempre tenuto a delegarne il prezzo ai creditori ipotecari che si sono fatti riconoscere.

Da questi articoli ben si rileva come tra noi la vendita dei beni mobili o degli stabili senza le forme prescritte dalla legge tragga seco la decadenza dal beneficio dello inventario, quando vien fatta entro il termine di cinque anni da correre dal giorno della dichiarazione.

pr. art. 987 e 988 (1063 e 1064)). Quanto ai mobili, tal formalità non è necessaria per quelli corporali di cui parla il nostro articolo; ma bensì per le rendite oltre ai cinquanta franchi secondo la legge dei 24 marzo 1806 di già citata sotto l'art. 460 (383), che fu dichiarata applicabile alla nostra materia da un avviso del consiglio di Stato degli 11 gennaro 1808.

II. — 261. Il prezzo dei beni venduti, non che gli altri danari dell' eredità, in qual guisa saranno distribuiti ai creditori e legatari? Sulle prime è chiaro che i creditori hanno dritto di farsi pagare prima dei legatari: *nemo liberalis nisi liberatus;* il patrimonio ereditario quindi deve prima dei legati soddisfare i debiti. Del resto il Codice ci esporrà tantosto negli art. 808 e 809 alcune regole relative a tal punto. Qui, come dappertutto, non vi hanno pei creditori altre cause di preferenza che i privilegi o le ipoteche (art. 2093, 2094 (1963, 1964)) : queste non ponno esistere che sopra gl' immobili (art. 2114 (2000)); quelli al contrario anche su i mobili (art. 2099 (1968)).

Il nostro art. 806 (724 M) voleva che l'erede delegasse il prezzo degli *immobili* gravati d' ipoteca (o su i quali cade il privilegio) a quelli fra i creditori ipotecari o privilegiati che si farebbero conoscere. Ma questa disposizione scritta quando non era pur noto l' ordinamento ipotecario che si adotterebbe, non trova applicazione nel sistema stabilito dal Codice: i creditori ipotecari o privilegiati non ricevono il loro denaro per delegazione dell'erede (Cod. procedura articoli 991 e 749 a 779 (1067, 753 a 862)). Il prezzo dei mobili (salva la preferenza dovuta ai privilegi, che potrebbero esistere sopra di essi), il prezzo residuale degli immobili, pagati i creditori privilegiati o ipotecari, non che tutte le altre somme della eredità, si distribuiscono in proporzione, prima ai creditori, poi ai legatari secondo le regole indicate per *il* contributo (Cod. proc. art. 990 e 656-672 (1066 e 740-754)).

— (725).*

807 (726). — È tenuto, se così vogliano i creditori od altre persone aventi interesse, di prestare idonea e sufficiente cauzione per il valore di mobili compresi nell' inventario, e per quella parte del prezzo degli immobili che non fosse stata assegnata ai creditori ipotecari. Mancando di dare questa cauzione, i mobili sono venduti, ed il loro prezzo è depositato, come pure la parte non assegnata nel prezzo degli immobili, per essere il tutto impiegato a soddisfare i pesi ereditari.

262. Abbiamo veduto con l'art. 805 (723), che l' erede beneficiato può conservare in ispecie i mobili ereditari, non rispondendo che dei deterioramenti avvenuti per sua colpa. Ma i creditori e i legatari secondo il nostro articolo possono esigere, che questo erede desse loro cauzione del valore dei mobili, come altresì di tutte le somme che può avere fra le mani; in difetto di cauzione, che i mobili sieno venduti, e il loro prezzo come le altre somme sieno depositate nella cassa dei depositi onde poi soddisfarne i pesi ereditari. Il *quale obbligo* di fornire cauzione o di depositare, può essere imposto all' erede amministratore, non che per tutti insieme i creditori e i

* 725. « Dopo il termine di cinque anni l' erede beneficiato potrà vendere i beni ereditari o mobili o immobili anche senza le formalità indicate nei due articoli precedenti purchè lo faccia senza frode; e salve le azioni ipotecarie come di dritto.

Essendosi ristretto negli art. 723 e 724 delle leggi civili a soli cinque anni dal giorno della sua dichiarazione di erede il divieto di potere lo erede beneficiato alienare i mobili o gl' immobili senza le formalità richieste, era mestieri che si fosse aggiunto questo articolo a fin d' indicare che il quinquennio la vendita dei beni ereditari mobili o immobili poteva farsi dall' erede senza bisogno di alcuna formalità, purchè non vi fosse frode per parte di lui salve le azioni ipotecarie. — In somma, dopo cinque anni il creditore ipotecario può sempre far valere la sua ipoteca, ma coloro che sieno unicamente chirografari, non potrebbero oltre il quinquennio provocare la decadenza, sol perchè l' erede non abbia adoperate le forme prescritte per le alienazioni, tranne il caso della frode.

legatarì, ma ancora per un solo di loro che reclami (Cod. pr. art. 992 (1068)).*

Il da noi detto sotto il precedente articolo fa comprendere, che le parole « la parte del prezzo non assegnata ai creditori ipotecarì » sono oramai inesatte: bisogna dire semplicemente la parte non pagata.

808 (727). — Se vi sono opposizioni per parte de' creditori, l'erede beneficiato non può pagare che secondo l'ordine ed il modo determinato dal giudice.

Se non vi sono creditori opponenti, egli paga i creditori ed i legatarì secondo che si presentano.

263. Quando i creditori dell'eredità o i legatarì (i quali hanno certamente lo stesso dritto, sebbene l'articolo nol dica) si fan conoscere dall'erede amministratore; e a guarentigia dei loro dritti gli fanno opposizione per non pagare alcuno senza il loro intervento, questo erede non può pagare che secondo l'ordine e il modo determinato dal tribunale, il quale deve sempre collocare i creditori prima dei legatarì, e far pagare nel medesimo tempo e in proporzione tutti quelli di ciascuna delle due classi che vi hanno interesse. Se alcuno poi non ha fatto opposizione, l'erede può (non aspettando la concorrenza di più creditori o più legatarì per pagarli insieme, ed anche senza distinzione fra legatarì e creditori) pagare interamente qualunque reclamante che si presenti.

Convien dunque meglio alle parti interessate (tranne conoscano esattamente lo stato delle cose e la certezza di una entrata che basti a soddisfare tutti i pesi), fare l'opposizione di cui abbiam parlato, mercè della quale nulla ha da temere l'avente dritto, non potendo farsi alcun pagamento senza che egli sia chiamato, ed essendo irregolari e quindi annullabili sulla sua domanda i pagamenti fatti senza di lui. Ma in mancanza di opposizione, che ne sarebbe dei dritti dei creditori o legatarì, che, trascurata questa precauzione, si presentino troppo tardi e quando l'erede non ha più onde pagarli? A ciò risponde l'articolo seguente, sciogliendo in parte la quistione, e dando luogo a dissidenza pei casi non previsti.

809 (728). — I creditori non opponenti, i quali non si presentano che dopo la liquidazione della somma, non hanno azione che contro i legatarì.

Nell'uno e nell'altro caso, quest'azione si prescrive col lasso di tre anni, da computarsi dal giorno della liquidazione del conto, e del pagamento della residua somma.

SOMMARIO

I. Il creditore non opponente che si presenta dopo finita la liquidazione è punito della sua negligenza colla perdita, rispetto agli altri creditori, di una azione che in principio doveva appartenergli. — Perchè gli è conservata questa azione contro i legatarì.

II. Quid *pei creditori non opponenti che si presentano prima del termine fatale; — pei creditori opponenti; — e pei legatarì? — dissentimento con Delvincourt, Duranton, Zachariae e Duvergier. Errore di questi ultimi.*

I. — 264. Quando un creditore che non ha fatto opposizione viene reclamando

* I creditori del defunto ben possono pretendere che quando gli eredi beneficiati cercano intestarsi una partita di rendita iscritta sul gran libro del debito pubblico, sieno obbligati a dar cauzione. Corte suprema di Napoli 4 sett. 1832.

popocchè si è fatto liquido il conto dello erede; e pagato il residuo, non può esercitare contro di lui alcuna azione (ciò è semplicissimo, essendosi quello regolarmente liberato di tutte le entrate della eredità) nè anche contro i creditori pagati: ma solo può agire contro i legatarî che sono stati soddisfatti dei loro legati. — Il non potere agire contro i creditori pagati è alquanto severo; perchè alla fine essi han ricevuto più di quel che doveano, più che non avrebbero ricevuto se più presto si fosse presentato quest' ultimo creditore. Ma essendovi grave negligenza da parte di costui (perchè avrebbe potuto fare opposizione o almeno presentarsi, innanzi che terminasse la liquidazione) la legge lo punisce della sua non curanza non permettendogli di molestare i creditori che han ricevuto le somme loro dovute, e che han tenuto per valido il pagamento lor fatto.

Quanto ai legatarî, essi han potuto è vero fare assegnamento altresì sui legati ad essi pagati; ma essendo per loro un semplice guadagno. *certat de lucro captando*, mentre il creditore indolente schiverebbe una perdita, *certat de damno vitando*, la legge permette a costui di costringere i legatarî a restituire ciò che han ricevuto, bensì nel termine di tre anni a contare dal pagamento del residuo.

II.— 265. Parlando il nostro articolo del creditore che si presenta soltanto dopo pagato il residuo, e senza aver fatto opposizione, che decidersi, 1° se questo creditore si presentasse prima della liquidazione, 2° se fosse un creditore opponente, 3° se fosse soltanto un legatario?

266. 1. Se il creditore non opponente si presenti prima della liquidazione o del pagamento del residuo, noi pensiamo che egli avrebbe la sua azione non più soltanto contro i legatarî, ma altresì contro i creditori prima pagati, onde dividere proporzionatamente con loro. Infatti abbiam veduto che la decadenza pronunziata dal nostro articolo, è una rigida disposizione con la quale la legge punisce l' estrema negligenza del creditore; essa dunque non può estendersi oltre al caso preveduto, nè si può rendere più duro il rigore della legge. Or pronunciando l'articolo la decadenza pel creditore che ritarda, fin dopo pagato il residuo, non si può dunque applicarlo a colui che si presenti prima. Dippiù il nostro articolo che avea preveduto questo caso nel modo onde prima fu compilato, lo decideva in questo senso (Fenet, 12, p. 53).

È vero che la soppressione di questo articolo, porge per l' appunto un argomento alla opinione contraria professata da Delvincourt, Duranton (VII, 35); Zachariae (IV, p. 259) Duvergier, secondo i quali quella disposizione fu tolta come contraria alle idee del consiglio di Stato. Ma ciò non può ammettersi, perchè la regola non incontrava al consiglio di Stato alcuna contraddizione: la commessione compilatrice modificando l'articolo sotto un altro rapporto, non ha potuto mutare una regola *proposta da lei stessa* contro la quale non si era manifestata alcuna opposizione (*ibid.*, pag. 55). Ad evitare ciò, Zachariae, e dopo lui Duvergier dicono essersi tolta quella frase sulla domanda di Tronchet. Errore materiale: Tronchet domandava solamente che la disposizione dell' articolo fosse ristretta ai creditori non opponenti; e mentre prima l' articolo diceva, « i creditori che non si presentano..., » fu modificato così, « i creditori *non opponenti* che non si presentano... » Questa soppressione adunque si fece o perchè creduto inutile un testo formale, parendo tal regola risultare abbastanza dai principî generali e dall' argomento *a contrario* che offre il nostro primo paragrafo, o piuttosto per una semplice omissione d' amanuense.

Questa seconda idea rendesi quasi certa osservando che non ostante che il primo paragrafo fu ristretto ad unico caso, invece dei due di cui prima parlava, furono conservate nel secondo le parole *dell' uno* e dell' altro caso.

Che che ne sia, il testo qual esso è basta alla nostra opinione. In vero, l' azione ridotta ai legatarî essendo solamente ordi-

nata pei creditori venienti dopo terminata la liquidazione, la legge intende seguire una regola diversa per coloro che vengono più presto: quest' altra regola non può essere che la estensione dell' azione contra i creditori già pagati (1).

Si fa prova di ravvalorare la dottrina contraria con argomento tratto dall' art. 513 (antico, oggi 503 del Codice di commercio. Questo articolo nega è vero ai creditori di un fallito che si presentano dopo i termini ogni azione contro le fatte ripartizioni. Ma qui non c' entra questo articolo, come bene spiega Malpel. I creditori di una fallita non han dritto alle ripartizioni che a condizione di verificarsi i lor titoli, e dentro un determinato termine, mentre la nostra sezione non stabilisce termine ai creditori della eredità accettata col beneficio per domandare il lor credito; *ma si contenta di negar loro l'azione contro i* crediti soddisfatti, 1° quando *non han* fatto opposizione, e 2° se si presentano dopo il pagamento del residuo.

267. 2. Quanto ai creditori che han pensato di fare opposizione, essi potrebbero come di già abbiam detto, ed è incontrastabile, fare annullare tutti i pagamenti fatti non ostante la loro opposizione.

Nè soltanto avrebbero l' azione contro i creditori indebitamente pagati, ma altresì contro l'erede il quale essendo in colpa di aver fatto quell' irregolare pagamento, sarebbe obbligato di pagare del suo quella somma per cui l' azione potrebbe essere inefficace, data la insolvibilità dei legatari e creditori soddisfatti.

Il dubbio dunque non può quì sorgere che pei creditori opponenti, che chiamati non si fossero presentati alla liquidazione dei conti. In questo caso, la loro non comparsa dovrebbe considerarsi come una rinunzia in seguito della loro opposizione, e si troverebbero quindi nel grado dei creditori non opponenti. — Quì dunque si applicherebbe ancora ciò che abbiam detto: questi creditori ridivenuti non opponenti, avrebbero azione, presentandosi prima del pagamento del residuo, contro i creditori e legatari soddisfatti, e nel caso contrario soltanto contro i legatari.

268. 3° Rispetto ai legatari la quistione ci sembra di facile soluzione, secondo ciò che abbiam detto pei creditori. E sulle prime, un legatario non potrà mai aver azione contro un creditore, dacchè tutti i creditari debbono essere pagati innanzi a lui.

La quistione dunque non può muoversi che fra i legatari, e certamente deve avere la medesima soluzione che fra i creditori.

Il legatario adunque avrà azione contro i suoi collegatari, presentandosi prima di pagarsi il residuo; ma non ne avrà alcuna, presentandosi più tardi.

810 (729). — Le spese dei sigilli giudiziari, se vennero apposti, quelle dell' inventario e del conto, sono a carico dell' eredità.

269. Essendosi fatte queste spese non *per lo interesse* proprio dell' erede, ma *per la conservazione* e liquidazione dei dritti *dei creditori* e legatari, convien che sieno a carico dell' eredità, e che questo erede in luogo di pagarle del suo, possa nel suo conto metterle nel numero delle spese.

SEZIONE IV.

DELLE EREDITA' GIACENTI.

811 (730). — Quando spirati i termini per fare l'inventario e per deliberare, non si presenti alcuno che reclami un' eredità, o che non sia noto l'erede, o che gli eredi certi vi abbiano rinunziato, questa eredità si reputa giacente.

(1) *Conf.* Chabot (n. 3), Toullier (IV-383), Malpel (n. 336); Vazeille (n. 1); Dalloz (*Success.*, cap. 5); Poujol (n. 1). Contra : Cassazione, 4 aprile 1832, Orléans, 15 nov. 1832 (Dev., 1833, 2, 541).

SOMMARIO

I. Quando una successione giacente differenzia fra l' essere giacente e non avere erede.
II. Avendo rinunziato i primi eredi, la successione si reputa giacente se tale realmente non è, e si da luogo alle regole della nostra sezione. Dissenso con Delvincourt e Vazeille.

I. — **270.** Vedemmo sotto l' art. 670 (591) che cosa sia una succesione giacente, e in che differiscano l' essere giacente e non avere erede.

La successione non ha erede quando è certo (per quanto le circostanze lo consentono) di non esistere altro successore che lo Stato; è giacente, quando non la domandi nè si fa conoscere altro successore che lo Stato, sebbene forse o anche probabilmente vi sia.

Diciamo essere giacente, quando malgrado la esistenza probabile di successori *preferibili allo Stato*, nessuno è noto; da che segue che la domanda dello Stato non toglie che la eredità sia giacente. Pure il commessario del governo incaricato di presentare al corpo legislativo il progetto del nostro titolo, non ha ciò compreso, mentre sembra non aver colto la distinzione fra il non avere erede e l'essere giacente. Secondo lui, la eredità sarebbe giacente, quando « non si presentano a raccoglierla nè parenti nè figli naturali, nè conjuge superstite, e nè anche la *repubblica* » (Fenet XII. pag. 151). — Errore evidente: imperciocchè esistendo sempre necessariamente lo Stato, conseguiterebbe da tal sistema non poter mai una eredità essere nè senza eredi nè giacente. Pure è tanto vero che una eredità senza eredi è giacente malgrado la domanda dello Stato, che una circolare ministeriale (8 luglio 1806) si occupa del caso in cui, raccoltasi dal fisco una eredità che riteneva senza eredi (cioè senza altri successori che lo Stato), questa eredità sarebbe giacente (perchè l' esistenza di altri successori diverrebbe *probabile*). Essa dice: « Se i beni provenienti da una eredità giacente sieno stati male amministrati come provenienti da una eredità senza eredi, il ricevitore rimetterà al curatore nominato dal tribunale una copia del conto aperto che avrà tenuto per questa eredità; » aggiunge poi che l' amministrazione dei beni tolta al demanio passerà al curatore, e il ricevitore dovrà solamente ricevere i depositi dei denari che quello gli farà secondo le regole della nostra sezione (art. 813 (732)) (1).

II. — **271.** Questa condizione del nostro articolo che non vi sieno eredi noti, o che i noti abbiano rinunziato, deve soltanto applicarsi ai primi eredi, a quelli che sono stati chiamati fin dalla morte del defunto o a quelli altresì che son chiamati per la rinunzia di successibili precedenti? Così, quando il defunto lasci per eredi noti prima, un nipote poi dopo quello un cugino, sarà giacente l'eredità per la rinunzia del nipote, ovvero dovrà anche attendersi

(1) Questo errore dell'oratore del Governo ci porge il destro di fare qui una importante osservazione. — I lavori preparatori del Codice sono di sicuro una delle principali sorgenti a cui bisogna attingere per fare una sana interpetrazione della legge: le discussioni del consiglio di Stato, le osservazioni del Tribunato, la esposizione de' motivi al corpo legislativo sono per fermo di gran momento, quando ravvalorano una soluzione appoggiata già sopra altre basi. Ma non bisogna dar troppa autorità a questo elemento di decidere anzi dovremmo diffidarne se fosse solo. Basterà un esempio per tenerci in guardia contro la estrema confidenza che si sarebbe tentati di dargli. — Bigot-Preameneau, uno dei quattro compilatori del progetto e che avea avuto parte alle discussioni del Consiglio, spiegava in questi termini avanti il corpo legislativo l'art. 2259 (2156): quando la legge dà un termine per fare l'inventario e deliberare, è indispensabile che la prescrizione di tutti i beni e dritti sia sospesa per tutto il tempo che la legge presume necessario per conoscerli. (Fenet, XV, pag. 586). Ora l'art. 2259 (2165) dice così: « La prescrizione corre contro una successione giacente. Essa corre ancora durante i tre mesi per fare l' inventario e i quaranta giorni per deliberare ». — Così l' oratore del Governo spiegava sul serio che la prescrizione non può correre quando la legge positivamente dichiara dover correre.

la rinunzia del cugino? Il nostro articolo parla degli eredi che son tali al momento dell'apertura, od altresì di quelli che tali diventano in seguito per la rinunzia dei primi? Delvincourt e Vazeille (n. 1) adottano l'ultima idea che sarebbe in vero logicamente dedotta dai principî del Codice; ogni successibile che rinunzia si reputa come se non fosse stato mai erede (art. 785 (702)); dunque colui che lo segue si reputa essere stato solo e sempre erede. Da che deriverebbe che dopo una o più rinunzie, la eredità non sarebbe giacente, finchè rimarrà un solo successibile noto.

Non pertanto questa interpetrazione è generalmente rigettata. Il più degli scrittori insegna (1) avvenire il caso preveduto dalla legge e doversi far nominare il curatore alla eredità considerata come giacente, essendovi rinunzia degli eredi del primo grado (purchè, d' altra parte, il termine stabilito dalla legge per far lo inventario e deliberare sia spirato, come esige espressamente il nostro articolo). La sentenza di questi scrittori si rafforza di tre decisioni del parlamento di Parigi, di una della Corte di Aix dei 17 dicembre 1807; e generalmente eseguita nella pratica. Essa fondasi specialmente nella idea, che il legislatore ha voluto sospendere l' azione dei creditori, legatari ed altri interessati di cui parla il seguente articolo, fino a che vi sia stata la successiva rinunzia di tutti i successori che potrebbero esistere.

È questo pure il nostro avviso che ci sembra conforme al testo stesso del nostro articolo, e da schivare facilmente l'obbiezione di Delvincourt. In fatti è vero che una eredità non può essere realmente giacente che quando non vi sia più alcuno erede noto; ma il nostro articolo parla di eredità *considerate* giacenti, quindi le regole spiegate dai seguenti articoli si applicano da che i primi eredi han rinunziato, e quantunque altri se ne conoscano, perchè allora la legge reputa giacente una eredità che in fatti non lo è. Che se nissuno erede è noto, la eredità è realmente giacente, e bisogna *a fortiori* applicare queste medesime regole.

Si è voluto spiegare altrimenti la parola *considerata*. Si è detto che la eredità era considerata giacente, e non realmente giacente, per la semplice ragione, che ne è probabilmente investito uno erede non noto. Così in questo sistema con la parola *considerata* si supporrebbe l'assenza di eredi, sebbene probabilmente ve ne sieno. — Ma non è da ammettersi questa interpetrazione, perchè allora la eredità non sarebbe più considerata giacente, ma senza eredi, e sarebbe realmente giacente; la non esistenza di eredi vale non esservi eredi, dunque supponendosi la non esistenza, si suppone che la eredità non abbia eredi, e non soltanto che sia giacente

272. Così 1° non esistendo eredi, la eredità è senza eredi; 2° esistendone probabilmente ma senza conoscersi o essendo noti solamente gli altri che abbian rinunziato, la eredità è giacente; 3° in fine quando dopo questi eredi rinunzianti ve ne ha di quelli che non rinunziano, ma nemmeno accettano, la legge presume che rinunzieranno appresso, e permette quindi di agire provvisoriamente come se già avessero rinunziato, come se la eredità fosse già giacente, ed allora solamente è essa considerata giacente.

Del resto egli è evidente che se essendosi presunta giacente la eredità, il successibile che si consideri come rinunziante provvisoriamente, e con anticipazione, non rinunzii; se accetti o lasci passare senza dir nulla trenta anni dalla apertura, il che vale lo stesso, questo successore rimarrà diffinitivamente erede (ved. la spiegazione dell'art. 789 (606)).

(1) Merlin (*Curat.*, § 3); Toullier (IV-394); Favard (*Success.*, sezione 5); Duranton (VII-62); Malpel (n. 339); Dalloz (*Success.*); Poujol (n. 1).

812 (731). — Il tribunale di prima istanza, nel cui circondario si è aperta la successione, deputa un curatore sull' istanza delle persone interessate, o sulla richiesta del procuratore della Repubblica.*

273. — Le persone che hanno interesse a far nominare un curatore che amministri la eredità, e risponda alle azioni che si possono contro di essa dirigere, sono: i creditori della eredità, i legatarî, i comproprietarî di beni appartenenti loro in comune col defunto, i consocii di costui per la liquidazione di loro società, i locatarî dei beni ereditarî per riparazioni da fare, ecc.:

Se questi tali non ci badano, il procuratore della repubblica in nome della società che ha sempre interesse alla buona amministrazione dei beni, deve promuovere la nomina del curatore.

813 (732). — Il curatore di una eredità giacente è tenuto, prima di tutto, di farne constare lo stato per mezzo di un inventario: ne esercita e promuove le ragioni; risponde alle istanze promosse contro la stessa; e l'amministra coll'obbligo di versare il contante che si trova nell'eredità, come pure quello ricavato dal prezzo dei mobili o degli stabili venduti, nella cassa del ricevitore della regia amministrazione, e ciò per la conservazione de' diritti, e coll'obbligo di renderne conto a chi sarà di ragione.

814 (733). — Le disposizioni della Sezione III del presenle capo, sopra le for-

* Giova osservare sul proposito degli articoli che si comentano, i decreti dei 13 settembre e 18 ottobre 1819 non che il titolo X *Del curatore delle eredità giacenti* delle leggi di procedura.

1. « Veduto l'art. 7 del nostro Real decreto del 1 gennaro 1817, col quale fu attribuita alla cassa di ammortizzazione l' amministrazione delle eredità giacenti.

» Veduto l'art. 17 dell' altro nostro real decreto dei 30 dell'anzidetto mese ed anno col quale furono gli agenti del demanio incaricati di prendere l'amministrazione di quelle eredità, che dai sindaci si sarebbero discoperte giacenti.

» Veduti gli art. 731 e 732 della parte prima dei Codice per lo Regno delle due Sicilie, coi quali si prescrive, che nel caso di essersi dichiarata giacente una eredità, debbasi dal tribunale civile nominare un curatore all'amministrazione stessa.

» Sulla proposizione, ec.

» Abbiamo risoluto, ec.

» Art. 1. Le disposizioni contenute nei due cennati reali decreti del dì 1 e dei 3 gennaro 1817, relative all' amministrazione delle eredità giacenti nei nostri dominî al di qua del faro sono rivocate.

» Art. 2. Da ora innanzi i beni di qualsivoglia natura, che si appartengono alle eredità riputate giacenti, saranno amministrati, secondo trovasi prescritto negli art. 731 e 732 della p. 1ª (leggi civili) da un curatore da nominarsi dal tribunale civile; il quale curatore dovrà versare nella cassa di ammortizzazione il contante di pertinenza dell' eredità giacente.

2° Decreto del 18 ottobre 1819, con cui viene istituita l' amministrazione del demanio pubblico dei dominî di qua del faro, abolendosi quella delle acque e foreste.

Art. 9 di detto decreto: « I sindaci, i percettori o esattori comunali della contribuzione fondiaria, ed i cancellieri dei tribunali e delle giustizie di circondario, fra gli otto giorni dalla notizia avuta di beni vacanti o caduchi, ne daranno avviso agli ispettori del demanio pubblico. Ogni contravvenzione sarà soggetta alla multa di dieci a cento ducati, ed ai danni ed interessi quando vi sia luogo.

Art. 1074. Allorquando dopo lo spirare del termine assegnato per fara inventario e deliberare, non si presenti alcuno a reclamare una eredità, o non esista un erede conosciuto, o gli eredi conosciuti vi abbiano rinunziato, l'eredità dovrà reputarsi giacente, e provvedersi di un curatore, secondo lo art. 731 delle LL. CC.

Art. 1075. Nel caso di concorrenza di due o più curatori, il primo nominato sarà preferito senza bisogno di alcuna sentenza.

Art. 1076. Prima di ogni altra cosa il curatore è tenuto a far costare dello stato dell'eredità per mezzo di un inventario, se non è stato fatto, ed a far vendere i mobili secondo le formalità indicate nei titoli dell' inventario e della vendita dei mobili.

Art. 1077. Non sarà permesso di procedere alla vendita degl'immobili e delle rendite costituite sopra terzi, senza osservare le forme stabilite nel titolo del beneficio dell'inventario.

Art. 1078. Le formalità ordinate per l'erede beneficiato si applicheranno egualmente alla maniera di amministrare, ed ai conti da rendersi dal curatore dell'eredità giacente.

me dell'inventario, sui modi d'amministrazione e rendimento dei conti per parte dell'erede beneficiato, sono inoltre comuni ai curatori delle eredità giacenti.

274. L'amministrazione del curatore, come si scorge, è sottoposta in generale alle medesime regole che quella dell'erede beneficiato: diciamo in generale, perchè vi ha qualche differenza.

Così, il curatore non può mai conservare i mobili in ispecie, essendo egli obbligato a farli vendere (C. pr. art. 1000 (1076)). egli non tiene il danaro, dovendolo depositare non più nella cassa del demanio, ma in quella dei depositi secondo un' ordinanza dei 22 maggio 1816. Non potrebbe validamente vendere i mobili o gli immobili senza le forme prescritte; e dove la inosservanza di tali forme per parte dell'erede beneficiato lascerebbe valida la vendita, imprimendo al venditore la qualità di erede puro e semplice, renderebbe nulle quelle consentite dal curatore che non ne aveva facoltà. In fine egli risponderebbe di tutte le colpe commesse nella sua amministrazione, anche non gravi, non essendo gratuita la sua amministrazione, come quella dell'erede.

Senza dire per altro, che tutti gli atti regolarmente fatti dal curatore che è legalmente deputato ad amministrare l'eredità, non potrebbero essere censurati dall'erede, che di poi domanderebbe la eredità.

CAPITOLO SESTO

DELLE DIVISIONI E DELLE COLLAZIONI.

275. Questo capitolo, ultimo del nostro titolo, presenta cinque sezioni, che successivamente trattano: — 1° dell'azione per la *divisione* e della sua forma; 2° delle *collazioni*, che sono un'azione preparatoria della divisione; 3° del pagamento dei debiti che la legge medesima divide di pieno dritto fra i diversi coeredi; 4° degli effetti della divisione; e 5° infine delle cause onde potrebbe rescindersi la divisione.

SEZIONE PRIMA

DELL'AZIONE PER LA DIVISIONE, E DELLA SUA FORMA.

276. La legge qui ci indica:

1° Quando si dà luogo all'azione per la divisione (art. 815 e 816 (734 e 735)).

2° La capacità richiesta per procedervi (art. 817 e 818 (736 e 737)).

3° In quali forme dev'essere fatta (819-840 (738-759)).

4° Il dritto per ciascuno erede di rimuovere dalla successione, col previo ristoro, gli estranei cessionarî di dritti successorî (art. 841 (760)).

5° In fine una regola relativa alla esecuzione della divisione (art. 842 (761)).

§ 1. — *Quando si dà luogo all'azione per divisione.*

815 (734). — Nessuno può essere astretto a rimanere in comunione; e si può sempre domandare la divisione, non ostante qualunque proibizione e convenzione in contrario.

Ciò nondimeno si può convenire di sospendere la divisione per un tempo determinato; ed una tal convenzione non può essere obbligatoria oltre i cinque anni; ma può essere rinnovata.

SOMMARIO

I. Che cosa sia la comunione; essa contraria allo interesse generale, e la legge vieta in principio che si stabilisca.—L'eccezione ammessa per cinque anni nel caso di una convenzione non si estende al caso di un testamento. Dissenso con Delvincourt, Duranton e Dalloz.

II. Come può rinnovarsi la convenzione. Qualunque convenzione che stabilisca la comunione per più di 5 anni, restringesi a questo termine.

III. L'articolo non si applica solo alla successione, ma a tutti i casi di comunione

I.—277. La comunione è lo stato di una cosa appartenente a più persone, ognuna delle quali è per una qualche frazione proprietaria dell'intero. Così, allorquando un defunto lascia per eredi il padre ed un fratello, questi sono comproprietari, il primo per un quarto, l'altro per tre quarti di tutti i beni compresi nella eredità. Per modo di esempio, essendovi in essa una casa e un podere, ciascuna parte dei due immobili, ciascuna pietra dell'edificio, ciascuna molecola di terra del fondo rurale appartengono nel tempo stesso ai due eredi; il dritto di ognuno di essi estendesi sulla totalità di ciascuno immobile, se non che il dritto del primo è per un quarto, e per tre quarti quello del secondo.

La comunione in generale non è acconcia alla buona amministrazione dei beni; ed a ragione la legge riguarda come contraria allo interesse della società qualunque obbligazione di rimanervi sottoposto o in perpetuo od anche per lungo periodo di tempo. Conseguentemente il nostro articolo incomincia dal dichiarare in principio che non ostante qualunque convenzione dei comproprietari, e le proibizioni imposte da un testatore, ciascuno di essi comproprietari avrà sempre il dritto di domandare la divisione. Ma il secondo paragrafo fa eccezione a questa regola, riconoscendo valida quella obbligazione che risultando da una convenzione non dee durare oltre a cinque anni; la quale disposizione, essendo eccezionale, non potrebbe estendersi al di là dei suoi termini: quindi la comunione di cinque anni validamente stabilita da una convenzione, sarebbe vanamente imposta in un testamento.

Pertanto Delvincourt, Duranton (VII, 80) e Dalloz (Success., cap. VI), professando contraria sentenza, stimano che tutto ciò che può formare l'obbietto di una convenzione, non essendo necessariamente contrario all'ordine pubblico, può perciò stesso essere imposto come condizione di un testamento. Noi non potremo adottare siffatta decisione che ci sembra contraria al testo, non che allo spirito della legge. Il principio è, che tutte le convenzioni e le proibizioni che impediscano la divisione son dichiarate nulle; si eccettuano quelle fatte per cinque anni, ma non mai le proibizioni stabilite altrimenti che per convenzioni. È questo il testo della legge; e non si vede ora la ragione di tal differenza fra la proibizione convenzionale e la testamentaria? Se la comunione presenta difficoltà, lo è principalmente quando è forzata. Ma per convenzione la comunione formasi volontariamente e con piena conoscenza di causa, e dopo che ciascuno degli interessati ha potuto valutare gli umori e le idee dei suoi comproprietari. Essendovi un testamento al contrario, ognuno dei legatari costretto ad accettare la condizione per non perdere il legato, si troverebbe a male in cuore nella comunione con comproprietari che non hanno forse la sua fiducia; il che farebbe temere frequenti difficoltà e sempre una pessima amministrazione della cosa comune (1). Del resto, secondo la opinione stessa che noi combattiamo, sarebbe valida la condizione pei beni disponibili, ma nulla per quelli indisponibili, che devono all'erede trapassare liberi da qualunque siasi peso.

II.—278. Non potendo la comunione

(1) *Conf.* Chabot (n. 2); Merlin *(Rep., Divisione)*; Vazeille (n. 10); Malpel (n. 12

essere obbligataria per più di cinque anni, la convenzione non potrebbe rinnovarsi per un secondo quinquennio prima di spirare il primo; perchè rinnovandosi dopo quattro anni, si resterebbe in tal modo nella comunione per sei anni. Rinnovandosi dopo quattro anni, non si potrebbe validamente consentire la novella obbligazione che per li quattro anni successivi a quello *che* avanza; in breve fa d' uopo non mettersi mai nella comunione per più di cinque anni.

Per altro la convenzione per la quale sarebbesi obbligato rimanere nella comunione per più di un quinquennio, non sarebbe nulla per tutto il periodo, ma soltanto per quel tempo che eccederebbe il periodo prescritto dal nostro articolo, perchè solamente per questo sarebbe violata la legge. L'art. 1660 (1506) che considera il *dritto di* ricompra come contrario all'*ordine* pubblico se è consentito per oltre a *cinque* anni, non lo annulla altresì che pel dippiù dei cinque anni; or fra i due casi evvi perfetta analogia.

III.—279. Il nostro articolo non si applica solamente in materia di successione; *in* esso il Codice ha fermato un principio generale in occasione della divisione delle credità che deve essere seguito tutte le volte che c' è comunione.

Ma evidentemente non ci è comunione nel senso legale quando una cosa appartenga in comune a più persone. Sicchè, quando alquante terre appartengono ad un villaggio, gli è vero che ciascuno degli abitanti ha un dritto di proprietà sopra di esse, ma costituendo questi abitanti una unità, un comune, e legalmente essendo questo comune il solo proprietario dei beni di cui si tratta, non occorre quindi di parlare di comunione nè di allegare la regola del nostro articolo. Lo stesso avviene dei beni dei pubblici stabilimenti, delle comunità legalmente stabilite, come ancora dei beni appartenenti ad una società, o perchè siano stati da essa comprati, o perchè uno o più dei soci li abbiano recato nella comunione in conformità dell' atto sociale; allora, quantunque ognuno dei soci abbia alla fine un dritto di proprietà sopra questi beni, pure la società finchè dura è legalmente la sola proprietaria, e non deve quindi parlarsi di comunione: ciò si presenta massimamente nella comunione dei conjugi. In questi diversi casi non occorrerebbe certamente domandare una divisione, che quando la società fosse sciolta, e ciascun socio avesse ricuperato il suo proprio e speciale diritto. Allora solamente comincerebbe la comunione; fino a quel punto non potrebbe richiedersi una divisione col pretesto che i beni fossero in comune da oltre a cinque anni.

816 (735).—Può domandarsi la divisione, quando ancora uno dei coeredi avesse goduto separatamente parte de' beni *ereditari, nel* caso che non siavi stato un atto precedente di divisione, o non siavi un possesso bastante ad indurre la prescrizione.

SOMMARIO

I. La divisione non può essere richiesta quando si prova esservene stata una precedente. Questa prova, ove siavi contestazione, non può risultare che da uno scritto. Errore di Zachariae.

II. La divisione non può essere nemmeno richiesta contro l' erede, il quale abbia prescritto tutto o parte dell' eredità. — Questa prescrizione non compiesi mai che con trenta anni. Errore di Delvincourt e Duranton. — Bisogna che il possesso sia stato a titolo di proprietario. Errore di Vazeille.

III. Il possesso diviso di tutti i coeredi al pari di quello di un solo, non impedirà la divisione (prima della prescrizione). La prescrizione che impedisce di chiedersi la divisione contro un coerede, non fa che costui non la domandi contro coloro che non hanno prescritto.

I. — 280. L' avere uno dei coeredi goduto separatamente da qualche tempo di alcuni beni ereditari, non mostrerebbe esservi stata divisione di eredità, dacchè il godimento esclusivo dello erede può essere una usurpazione per parte sua. La prova della divisione deve risultare da un atto, da uno scritto fatto per comprovarla. Il coerede non può dunque ricusarsi a mettere in comune la parte da lui solo stata posseduta, perchè si proceda alla divisione di tutto il patrimonio. Dicendo che la prova di una divisione non può risultare che da uno scritto, supponiamo per fermo che vi sia contestazione; perchè essendovi la confessione di tutte le parti, non sarebbevi più uopo di prova.

Zachariae (IV.-381) malgrado il testo del nostro articolo, insegna essere in questa materia ammessibile la prova testimoniale; colla parola *atto* il nostro articolo intendere soltanto una convenzione scritta o nò; e tuttochè dichiari che fino al 1835 tutti gli arresti e da quel tempo ancora le decisioni delle Corti di appello son contrarie a questa dottrina, egli pretende che i tre ultimi arresti della Corte suprema sulla quistione, inclinino alla opinione da lui adottata. — Errore: perchè il primo di questi arresti positivamente dichiara che con la parola *atto* la legge ha inteso un *atto scritto*, e per questo motivo annulla una decisione di Colmar che decideva il contrario; il secondo giudica solamente che il principio qui, come in tutti i casi in cui è richiesto un atto notarile, è sottoposto alla eccezione dell'art. 1347 (1301) che ammette la prova testimoniale tutte le volte che vi sia cominciamento di prova per iscritto. L' ultimo, pronunziato dalla camera delle richieste ed il solo che non sia rigorosamente conforme ai principî, è uno arresto di specie dovuto ai fatti tutti particolari della causa: esso dichiara sufficiente un *atto scritto* che non era *firmato*, ma che le parti avevano *eseguito da 24 anni* (Dev., 36, I, 876 e 946; 42, I, 746).

II. — 281. Se il coerede avesse posseduto questa parte durante il tempo richiesto per la prescrizione dei dritti ereditari dei suoi coeredi, cioè per trenta anni, e con le altre condizioni volute per la prescrizione, non potrebbesi più domandargli la divisione, non perchè questo lungo possesso proverebbe di esservi stata divisione, ma perchè i coeredi avrebbero perduto con la prescrizione qualunque dritto sulla frazione posseduta dal loro coerede. Per questa medesima ragione, se lo esclusivo godimento dell' erede per trenta anni fosse stato sopra la intera eredità, estintosi con la prescrizione ogni diritto dei coeredi sopra ciascuna parte di essa, l' erede possessore, non potendo più temere petizione di eredità, resterebbe solo proprietario dell' intero.

Lo erede prescriverebbe sempre con trenta anni soltanto di esclusivo possesso la eredità o frazione di essa, quand' anche la eredità fosse puramente mobiliare. — Delvincourt intanto dà una contraria sentenza, insegnando che sarebbe necessario il possesso trentenne per una eredità composta, almeno in parte, di immobili, ma che il possesso istantaneo basterebbe per una eredità tutta mobiliare secondo l' articolo 2279 (2185).

Duranton (VII, 96) accoglie questa idea, e la modifica così: che il dritto dello erede possessore di ricusarsi alla divisione, esisterebbe non immediatamente, ma dopo un tempo più o men lungo che i tribunali secondo le circostanze determinerebbero. — Ma l' opinione di Delvincourt non può ammettersi, e molto meno quella di Duranton.

Dapprima, se fosse vero, come crede Delvincourt, che sia qui da applicare l' articolo 2279 (2185), senza dubbio non occorrerebbe domandare un termine più o men lungo, e vario ad arbitrio secondo le circostanze, dichiarando quello articolo prescritti i mobili col possesso istantaneo; la sentenza di Duranton deve in tutti i casi rigettarsi, non potendo esservi via di mezzo fra la prescrizione istantanea e la trentennale. Ora quest' ultima solamente si può qui invocare; difatti è principio riconosciuto costante nell' antico diritto e non mo-

dificato dal Codice, che la prescrizione istantanea dei mobili non sia applicata che ai mobili riguardati isolatamente, e non a quelli che formano una universalità di beni, una eredità, o una quota di questa universalità (1).

282. Rigettando su questo punto la dottrina di Duranton, noi l' ammettiamo al contrario, come perfettamente fondata (malgrado la critica di Vazeille), quando dice che trenta e più anni di possesso non sarebbero impedimento alla divisione, se fosse provato che il possesso diviso del coerede fosse stato in seguito di una divisione del solo godimento. Allora infatti l'erede avrebbe posseduto non come proprietario, ma solamente come quello che ha il dritto di godere a tempo; e quindi il suo possesso per quanto fosse lungo, non potrebbe operare prescrizione (art. 2229 (2135)).

III. — 283. Non potendo la divisione provarsi altrimenti che con iscrittura, è certo che quand' anche tutti gli eredi avessero separatamente goduto parte della eredità, (che ad un dipresso equivalesse alla quota ereditaria di ciascheduno) ciascun di essi potrebbe sempre, finchè la prescrizione non fosse acquistata, esigere la divisione dei beni. In vero può avvenire che questo possesso diviso risulti da una convenzione di godere separatamente, fino a che uno degli interessati vorrebbe chiedere la divisione. Perchè l' azione di divisione non fosse ammessibile, bisognerebbe che la divisione che si pretendesse avere avuto luogo, fosse provata o dalla scrittura richiesta dal nostro articolo, o dalla confessione delle parti interessate.

Del resto, se la divisione non può essere più domandata contro l' erede che ha prescritto i beni, è di sicuro che può esserlo da lui contro i suoi coeredi, se la prescrizione non si fosse ugualmente acquistata da costoro. Così, quando un solo degli eredi ha goduto di una parte distinta, e gli altri han continuato il godimento in comune, ovvero ancora, se questi hanno del pari goduto separatamente senza che sia corsa contro il primo la prescrizione, perchè minore o interdetto, è evidente che costui può sempre costringere alla divisione, quantunque egli non possa più essere costretto; egli è libero in fatti di rinunziare agli effetti della prescrizione da lui acquistata. La dottrina contraria di Delvincourt ci pare un errore certo.

§ 2. — *Della capacità richiesta per procedere alla divisione.*

817. (736). — L'azione per la divisione, riguardo ai coeredi minori od interdetti, può essere promossa dai loro tutori, a ciò specialmente autorizzati da un consiglio di famiglia.

Riguardo ai coeredi assenti, l' azione spetta ai parenti che sono stati messi in possesso.

I. — 284. Vedremo coll'art. 883 (803) che *nel nostro* dritto, difformemente dal principio *del* dritto romano, l' erede per effetto della divisione, si reputa essere stato sempre solo proprietario della sua parte, e reciprocamente non avere avuto alcun dritto sulle altre. Ma nonostante tal finzione non è men vero, che ciascuno erede prima della divisione aveva dei dritti sulle porzioni che spettavano ai suoi coeredi, e di conseguenza la divisione era per lui un atto di alienazione. Nondimeno, siccome questa alienazione è consentita in cambio dei dritti reciproci sui medesimi beni, e d'altronde bisognerebbe sempre, presto o tardi, che la divisione avesse luogo; la legge si è mostrata qui meno severa che nei casi ordinarî di alienazione. Così, 1° pei minori non emancipati e gl' interdetti, il tutore non ha bisogno dell' autorizzazione del consiglio di famiglia per rispondere ad una domanda di divisione, art. 465 (388); e

(1) Ved. specialmente Vazeille (*Prescriz.*, n. 670) Troplong (*loc. cit.*, n. 1066); Cassaz., 26 agosto 1833 (Dall., 33, 1, 307).

per istituirla gli basta l'autorizzazione del consiglio senza la omologazione del tribunale, come per le ordinarie alienazioni, articoli 457-458 (380-381).

2° Il minore emancipato che non potrebbe consentire una alienazione ordinaria, se non se con l'autorizzazione del consiglio di famiglia e la omologazione del tribunale, come il tutore del minore non emancipato, art. 484 (407), può provocare la divisione colla sola assistenza del suo curatore, secondo l'art. 840 (759).

Delvincourt professa è vero una contraria dottrina, ma la sua opinione è rigettata a ragione da tutti gli scrittori (1). — Del resto questa assistenza del curatore è necessaria anche per una eredità puramente mobiliare, siccome noi dicemmo sotto l'articolo 482 (405). Questa è pure la dottrina degli scrittori. — E siccome negli articoli 840 e 465 (759 e 388) non si fa distinzione fra le successioni mobiliari e le altre, nè pei tutori nè pei minori emancipati, bisogna inferirne che l'autorizzazione del consiglio di famiglia è parimente necessaria a questi tutori a fin di provocare la divisione di una eredità mobiliare. Ciò è anche spiegato dalla grandissima importanza che oggi spesso presentano le eredità mobiliari.

3° Essendovi eredi dichiarati assenti, la legge che di ordinario non dà il dritto di alienazione che agli immessi nel possesso diffinitivo, negandolo durante la immissione provvisoria (art. 128 (134)), l'accorda qui a tutti gli immessi in possesso, e di conseguenza al conjuge amministratore legale, che a quelli rassomiglia (art. 126, 127 (132, 133)), ecc.

II. — 285. Il nostro articolo non parla nè di presunti assenti, nè di persone provvedute di consulente giudiziario. — Pei primi l'art. 113 (119) vuole che un notaro sia delegato a rappresentar nelle divisioni in cui sono interessati, quelli che non han lasciato procuratore (ved. art. 113 (119) n. 3); quelli che hanno un procuratore sarebbero da costui rappresentati. Quanto ai secondi, essi non potrebbero procedere alla divisione o istituendo l'azione o difendendovisi, che coll'assistenza del loro consulente (art. 409, 513 (330, 436)).

Sappiamo del resto, che un assente non è chiamato ad una eredità, che quando si fosse aperta prima del suo allontanamento o delle ultime sue notizie, art. 136 (142).

818 (737). — Il marito senza il concorso della moglie, può domandare la divisione degli effetti mobili od immobili ad essa pervenuti, i quali cadono nella comunione dei beni; riguardo agli effetti che non cadono nell'indicata comunione, il marito non può domandarne la divisione senza il concorso della moglie.

Potrà soltanto, avendo il diritto di godere dei suoi beni, domandare una divisione provvisionale.

Quelli che sono eredi unitamente alla moglie, non possono domandare la divisione definitiva, se non chiamando in causa il marito e la moglie.

SOMMARIO

I. Il dritto di procedere alla divisione delle eredità devolute ad una donna maritata, appartiene ora al marito solo, ora al marito ed alla moglie insieme, ora alla moglie sola con l'autorizzazione, ed alle volte, senza.

II. L'articolo è mal compilato, ma bisogna sempre seguire la sua regola.

III. Basta il concorso dei conjugi per la divisione degli immobili dotali. — Errore di Duranton.

I. — 286. A finire per ciò che riguarda la nostra materia, la serie degli incapaci,

(1) Chabot (n. 3); Toullier (IV-408); Favard (*Successione):* Malpel (n. 244); Duranton (VII. 105); Vazeille (n. 2); Poujol (n. 3).

il nostro articolo si occupa della divisione delle successioni devolute ad una donna maritata, ed esamina distintamente: 1° da chi la divisione può essere provocata contro i coeredi della moglie; 2° contro chi questi coeredi debbono provocarla.

Per conoscere da chi la divisione può essere domandata contro i coeredi della moglie, fa uopo distinguere prima, se i beni provenienti dalla eredità debbano o pur nò entrare nella comunione che esiste fra la moglie ed il marito.

Esistendo la comunione e trattandosi di beni che debbano farne parte, il marito solo padrone di essi e che può a suo talento alienarli, è il solo certamente che debba e possa procedere alla divisione. Questa regola applicherebbesi ai mobili devoluti alla moglie, essendovi comunione legale, ed altresì ai suoi immobili, se vi fosse comunione convenzionale anche di tali beni (art. 1401-1° 1505 (TT)). Se al contrario non v' è comunione fra gli sposi, o se la comunione esistente non è chiamata alla proprietà dei beni devoluti, è necessaria questa altra distinzione; 1° se la moglie a cui resta la proprietà dei beni, ne ha pure il godimento e la libera disposizione; 2° o se ella ne ha il godimento e non la disposizione; 3° o se tal godimento appartiene al marito o come capo della comunione, o nel proprio suo nome.

Se la moglie ha il godimento ed insieme la disposizione dei beni, può proceder sola alla divisione senza nè il concorso nè anche l' autorizzazione del marito (1). Il che avrebbe luogo per le eredità mobiliari devolute alla moglie separata di beni (articoli 1536 e 1449 (T e 1413)), o per quelle che fan parte dei beni parafernali della moglie (art. 1574 e seguenti (1387)).— Essendo beni di cui la moglie ha il godimento ma non la libera disposizione, ella pure procede alla divisione di essi, ma autorizzata dal marito. Ciò avrebbe luogo per gl'immobili parafernali o soggetti alla separazione dei beni (art. 1576 1538 (1389 T)).—Se infine il godimento è del marito, è necessario il concorso dei due conjugi per la divisione, bisognando esservi la moglie per la proprietà, e il marito pel godimento. Ciò avrebbe luogo per gl' immobili propri della moglie sotto la comunione legale (art. 1401-2 (T)); per tutti i suoi beni mobili ed immobili sotto la regola esclusiva della comunione (art. 1530 (T)); e per tutti i beni soggetti alla regola dotale (art. 1549 (1362)).

287. Appartenendo i beni alla moglie nella proprietà, e al marito nel godimento, questi potrebbe senza il concorso della moglie fare una divisione che cada sul godimento, divisione che il nostro articolo (come anche gli art. 466 e 840 (389 e 759)) chiama provvisionale. Viceversa, la moglie senza il concorso del marito, ma con l' autorizzazione di lui, potrebbe procedere ad una divisione che versi sulla nuda proprietà, e che lascerebbe in comune il godimento.

II.—288. Ciò che abbiam detto per ispiegare da chi può essere domandata la divisione contro i coeredi della moglie, spiega in pari tempo che costoro potrebbero domandarla senza dubbio, ora contro il solo marito, ora contro la sola moglie, ora contro l' uno e l' altra insieme, secondo le sopra riferite distinzioni. Il nostro secondo paragrafo è dunque compilato in modo assai incompleto, quando dice assolutamente che dovranno mettersi in causa il marito e la moglie, mentre ciò non è necessario che pei beni di cui l' una ha la proprietà, e l'altro il godimento.—Parimente bisogna censurare la seconda frase del primo paragrafo dichiarante, che per le cose che non fan parte della comunione, la divisione non può domandarsi dal marito senza il concorso della moglie, il che vale che debbano agire sempre insieme l' uno e l' altra; mentre noi abbiam veduto che alle volte la sola moglie può agire

(1) Ma bisognerebbe inoltre che la divisione si facesse all' amichevole; perchè trattandosi di azione giudiziaria, non dovrebbe prescindersi dell' autorizzazione. Sappiamo infatti che mai la donna maritata non può stare in giudizio senza l' autorizzazione del marito o del tribunale; eccetto che fosse perseguita in materia criminale (art. 215, 216, 218 (204, 205, 207), ecc.

autorizzata dal marito, ed in certi casi anche senza autorizzazione.

Ma non basta essere mal compilato il nostro articolo, perchè si abbandonino le regole da esso dettate ed agevoli a comprendersi, nonostante la troppa stringatezza delle frasi. Così, mentre l'articolo non accorda al marito il dritto di procedere solo alla divisione dei beni appartenenti alla comunione di cui è il capo, non sappiamo come potrebbesi a lui solo consentire il dritto di procedere alla divisione dei mobili devoluti alla moglie sotto la regola esclusiva della comunione, o sotto una comunione convenzionale che non comprenderebbe questi mobili, non che alla divisione dei beni dotali della moglie.

Gli è vero che sotto la comunione e sotto la regola esclusiva della comunione il marito istituisce in generale le azioni mobiliari della moglie (art. 1428, 1531 (1399, T)); ed azione mobiliare è la divisione dei mobili, anzi è una specie più importante delle altre agli occhi della legge, ed ha regole sue proprie. Di ciò son prova gli articoli 464 e 465 (387 e 388), il primo dei quali permette al tutore per *a contrario* d' instituire le azioni mobiliari senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, mentre l' altro vuole sia autorizzato per isperimentare l'azione di divisione anche pei mobili. Bisogna adunque applicare separatamente gli articoli 1428 (1399) e seguenti alle azioni mobiliari in generale, e la regola speciale dell' articolo nostro al caso preveduto: *specialia generalibus derogant*. Per medesimezza di ragione, l'articolo 1549 (1362) che permette al marito d'istituir solo le azioni relative ai beni dotali della moglie, nemmeno si applicherà per una azione di divisione di questi stessi beni (1).

III.—289. Punto più delicato può parere, se basti il concorso del marito e della moglie per la divisione dei beni dotali immobili senza bisogno dell' autorizzazione giudiziale. Duranton (VII-127) stima esser necessario l'intervento del magistrato, ma noi non potremmo adottare il suo avviso: gli art. 1554 e 1558 (1367 e 1371) che giustificano secondo lui il suo assunto, non ci sembrano sufficienti a stabilirlo.

L'articolo 1554 (1367) dichiara che l'immobile dotale non può alienarsi fuori le eccezioni prevedute dalla legge; e l' articolo 1558 (1371)che ne indica qualcuna, dice che potrà alienarsi coll'autorizzazione giudiziale, quando si vorrà togliere dalla comunione e si riconoscerà indivisibile. Ora, dice Duranton, torna tutt' uno mettersi fuori la comunione per una divisione in ispecie o per una vendita della cosa riconosciuta indivisibile: nell' uno e nell'altro caso dunque vi bisognerà l'autorizzazione giudiziale.

Ciò non è logico. La divisione dell' immobile divisibile, e la vendita dell' immobile indivisibile, non sono la medesima cosa: è vero che in ambi i casi la legge, cessata la comunione, reputa essere stato ciascun condividente fin dal principio solo proprietario della quota a lui pervenuta, art. 883 (893); ed è altresì vero essere ciò in ambi i casi una finzione, maggiore però nell'uno anzichè nell'altro, nè le due ipotesi sono affatto identiche. Nel primo caso vi è un atto che non si può qualificare, nè la legge qualifica, di alienazione: nel primo voi perdete per denaro il vostro immobile, voi lo vendete; nel secondo, abbandonate un dritto sopra una parte dell' immobile in cambio di un *simigliante* dritto sopra altra parte dello stesso immobile. Di più, abbiam veduto sotto il precedente articolo che la legge permette la divisione in ispecie più facilmente della alienazione *propriamente* detta: così, il tutore che non può alienare gl' immobili se non dopo una deliberazione del consiglio di famiglia, omologata dal tribunale (art. 458 (381)) nè può venderli all' incanto se non dopo che una sentenza lo abbia ordinato (art. 460 (383)), non ha bisogno dell'intervento del

(1) Chabot (n. 4); Toullier (IV-408); Duranton (VII-122 e 125-126); Malpel (n. 144); Dalloz (*Successione*, cap. 6); Vazeille (n. 2 e 3)—Contra: Aix, 9 gennaro 1810.

tribunale per consentire la divisione in specie (art. 465 (388)). La legge, giova ripeterlo, non chiama alienazione la divisione in ispecie; e questa per conseguenza non si comprende nel divieto generale stanziato dallo art. 1554 (1367), il quale dichiarava che gl' immobili dotali non potranno essere alienati fuori i casi di eccezione preveduti.

Gli art. 1554, 1558 (1367, 1371) non contraddicono a questa teoria, anzi la confermano: l' art. 1558 (1371) stabilisce una eccezione per l'incanto e non per la divisione in ispecie, perchè alienazione propriamente detta è l' uno, e non già l' altra, perchè il divieto dell' art. 1554 (1367) comprende il primo e non la seconda. Ammessa la dottrina di Duranton, se si dicesse potersi l'eccezione dell' art. 1558 (1371) per l' incanto estendere alla divisione ordinaria, questa divisione adunque sarebbe compresa nel principio proibitivo dell' articolo 1554 (1367). Ora essendosi la eccezione formalmente ammessa per l' incanto, e non mai per la divisione, ne seguirebbe che la divisione sia soggetta alla regola, e che gl' immobili dotali non possano mai essere divisi; il che menerebbe all' assurdo. Senza dubbio non è questo il sistema della legge; l' art. 1558 (1371) che ben poteva mettere insieme l' incanto e la divisione. non parla che dell' incanto appunto perchè la divisione non era, come quello, compresa nella regola proibitiva.

Dunque l' art. 1558 (1371) non entra per nulla riguardo alla divisione in ispecie; e gli immobili dotali, al pari di tutti gli altri, restano sotto questa regola del nostro articolo, che i beni di una donna maritata non rientranti nella comunione, e di cui la proprietà spetta alla moglie ed il godimento al marito, possono essere divisi dal marito solo, quanto al godimento, e da tutti e due, se si vuol fare una divisione diffinitiva.

§ 3.—*Della forma della divisione.*

819 (738).—Se tutti gli eredi sono presenti ed in età maggiore, non è necessaria l' apposizione dei sigilli sopra gli effetti ereditari, e la divisione può farsi in quella forma ed atto che le parti interessate crederanno conveniente.

Se tutti gli eredi non sono presenti, se fra essi si trovano de' minori o degli interdetti, dovrà essere apposto il sigillo nel più breve termine, sia a richiesta degli eredi, come ad istanza del procuratore della Repubblica presso il tribunale di prima istanza, ed anche *ex officio* dal giudice di pace, nel cui circondario si è aperta la successione.

820 (739).—I creditori pure potranno richiedere l' apposizione dei sigilli, in forza di un titolo esecutivo o col permesso del giudice.

821 (740).—Quando si sono apposti i sigilli è permesso a qualunque creditore di opporsi, ancorchè non abbia nè titolo esecutivo, nè permesso del giudice.

Le formalità per levare i sigilli, e per formare l'inventario, sono regolate dal metodo di procedura civile.

290. La legge in questi tre articoli si occupa di certi provvedimenti di precauzione che devono alle volte precedere la divisione. Così, quando fra gli eredi vi hanno minori o interdetti, o solamente assenti dal luogo dell' apertura della successione (1). l'apposizione dei sugelli è ordinata dalla legge. Quando tal provvedimento non è prescritto, certamente è sempre permesso, e può domandarsi da chiunque vi abbia interesse. Del resto tutti i particolari relativi all'apposizione e remozione dei suggelli, non che alla formazione dell'inventario che deve in generale accompagnare

1) Non fa mestieri essere assenti nel senso tecnico della parola.

la remozione, appartengono al Codice di procedura, in cui si trovano sviluppati dall'art. 907 fino al 944 (824 a 866).

822 (741). — L'azione per la divisione, e le controversie che insorgessero nel corso delle operazioni, sono sottoposte al tribunale del luogo ove si è aperta la successione.

Davanti a questo tribunale si procede agli incanti, e devono essere introdotte le domande concernenti la garenzia delle porzioni fra i condividenti, come pure quelle dirette a rescindere la divisione.

291. L'art. 59 (151) Codice di proc. paragrafo 6 riproducendo la regola del nostro articolo, dichiara che in materia di successione, il convenuto dev'essere citato al tribunale dell'apertura per tutte le domande fra coeredi inclusivamente alla divisione. Duranton (VII-136) ha creduto che il Codice di procedura con determinare così la competenza fino alla divisione, fosse in urto al nostro articolo, che l'attribuisce altresì per le domande di garenzia delle quote e di rescissione della divisione, le quali, egli dice, sono di necessità posteriori alla divisione, e onde togliere questa pretesa contraddizione, vuole applicare il nostro art. 822 (741) alle divisioni giudiziarie, e la regola dell'art. 59 (151) Cod. proc. a quelle stragiudiziarie.

Questa idea del dotto professore non è stata adottata da nissuno interpetre del Codice. Difatti, la domanda di rescindersi una divisione importa che questa si annulli e si proceda ad una novella; come parimente la domanda di garenzia per essere stato alcuno spogliato di una parte della quota attribuita dalla divisione, val dire essersi nella divisione compresi beni non appartenenti all'eredità; e quindi la divisione essere stata inesatta per errore; che dessa non è stata diffinitiva, e dee modificarsi con un conto suppletorio che sarà in fondo una novella divisione.

Le azioni di garenzia o di rescissione sono dunque novelle domande di divisione, e restano soggette al nostro articolo per le divisioni stragiudiziarie come per le altre, senza che i termini del Codice di procedura contraddicano per nulla a questa teoria.

823 (742). — Se uno dei coeredi ricusa di acconsentire alla divisione, o se insorgono controversie sul modo d'intraprenderla, o di ultimarla, lo stesso tribunale pronunzia come nelle cause sommarie, ovvero essendovi luogo, delega un giudice per le operazioni della divisione e decide le contestazioni, sopra la relazione del medesimo.

824 (743). — La stima degl'immobili si fa per mezzo dei periti scelti dalle parti interessate, o nominati d'ufficio, quando esse si ricusino.

Il processo verbale dei periti deve presentare le basi della stima, deve indicare se l'effetto stimato possa comodamente dividersi, ed in qual maniera, e finalmente in caso di divisione fissare ciascuna delle parti che si possono fare, ed il loro valore.

292. La perizia di cui parla l'articolo era dichiarata obbligatoria (per tutte le divisioni da farsi giudizialmente) dallo articolo 969 (1045) del Codice di procedura, e massime rispetto ai minori dallo stesso Codice civile (art. 466 (389)); ma per la legge del 2 giugno 1831 la perizia è divenuta facoltativa. « Il tribunale, dice il novello art. 970 (1046), potrà dichiarare di procedersi immediatamente senza previa perizia, quand'anche vi sieno minori in causa ».

Questo art. 970 (1046) C. pr. quindi deroga formalmente all'art. 466 (389) del Codice civile.

I periti devono nominarsi in numero di tre (Cod. di proc. art. 303 (397)).

825 (744). — La stima dei mobili, quando non se ne sia fissato il prezzo in un inventario regolare, deve farsi a giusto prezzo da persone intelligenti e senza lasciar luogo ad accrescimento.

293. La stima dei mobili fatta o nell'inventario disteso prima della domanda di divisione, o dopo e nel punto stesso di dividersi i beni, deve sempre farsi da commessari stimatori o altri periti e *sans crue*.

Si sa che cosa significhino queste ultime parole; un editto di Enrico II. di febbraro 1556, avendo fatto gli stimatori garanti della loro stima, questi per mettersi in sicuro pensarono stimare i mobili al di sotto del loro valore reale, da che derivò l'uso di aggiungere alla cifra della stima uno aumento in generale del quarto, che si chiamava *crue plusvalue parisis*. — Oggi che i periti non temono più di restare a conto loro i mobili da essi stimati, non vi è più ragione a credere che li stimino al di sotto del loro valore, e il legislatore ha dovuto sbandire l'uso della *crue* (codice procedura art. 943, 1041 (1019, T)).

826 (745). — Ciascuno de' coeredi può chiedere in natura la sua parte dei beni mobili ed immobili della eredità, nondimeno, se vi fossero creditori che gli avessero sequestrati, o si opponessero, o se la maggior parte dei coeredi ne giudicasse necessaria la vendita per il pagamento dei debiti e dei pesi ereditari. i mobili saranno venduti pubblicamente nelle solite forme.*

* Rescritto dei 29 dicembre 1838.

L'articolo 1021 leggi di procedura civile dispone: « Quando in esecuzione dell'art. 745 delle » leggi civili avrà luogo la vendita dei mobili dipen» denti da una eredità, essa dovrà farsi con le for» me stabilite nel titolo del pignoramento dei mobili.

Il seguente art. 1022 aggiugne « si procederà alla medesima sulle istanze di una delle parti interessate, per mezzo di un uffiziale pubblico ed in coerenza dell'ordinanza che ne darà il presidente del tribunale civile ».

Da ciò i dubbi, se nella ordinanza del presidente occorresse la destinazione di usciere per gli atti di vendita; se in vece dell'usciere potesse destinarsi un notaio; se occorresse la preventiva estimazione per la vendità di statue, quadri, medaglie ed altri lavori di belle arti; se la licitazione de' mobili dovesse avere luogo sulla base del prezzo indicato da' periti nel correlativo inventario; e se mancando oblatori sulla base del prezzo anzidetto, fosse d'uopo per la vendita di autorizzazione del magistrato.

Per quanto concerne il primo dubbio, era stato osservato; — che per massima ciascun interessato prescelga da se l'uffiziale ministeriale che debbe eseguire gli atti di suo interesse, che questa facoltà può solo venir meno nei casi espressamente indicati dalla legge, locchè s'incontra nella specie; — che la ordinanza del presidente è richiesta, tra per conoscersi se quegli che provoca la vendita abbia diritto a farla succedere, come perchè niun atto di esecuzione in generale può succedere per ministero di usciere senza titolo di forma esecutoria; — che la legge ha provveduto agl' interessi di coloro che possano avere diritto su' mobili, de' quali è quistione, quando ha stabilito che debbono essere citati all' atto di vendita, e che questa vendita debba succedere con tutte quelle pubblicità di forme che sono prescritte in fatto di pignoramento di mobili; — che l'intervento del presidente è pure richiesto nel fine di determinare il luogo, ove dee avvenire la vendita giusta l'art. 1025 leggi di procedura civile; — che la custodia degl' interessi dei minori, o di altra persona privilegiata è data ai loro autori od amministratori, a carico de' quali è perciò imposta grave risponsabilità; che per gli uffiziali pubblici sta la presunzione dell' adempimento de' loro doveri; — che d'altronde efficacissime sanzioni nelle leggi penali e nel regolamento di disciplina valgono ad assicurare la osservanza di questi doveri; — che così la frase in coerenza della ordinanza importi solo che il presidente debba ordinare la vendita, giammai la destinazione dell' usciere.

Per lo secondo dubbio poi era stato osservato; — che per le leggi su l'ordinamento giudiziario appartiene agli uscieri la pubblicazione e l'affissione degli avvisi e degli editti, non la proclamazione delle offerte che avvengono nella vendita a pubblico incanto; — che nella ipotesi debbonsi osservare le forme prescritte per lo pignoramento de' mobili; — che queste forme richiedono il ministero dell' usciere. — che l'art. 1° della legge dei 23 novembre 1819 ha diffinito gli atti di competenza notariale; — che ogni altro atto trovasi affidato al ministero de' notai non lo è che per ispeciale delegazione; — che così particolari determinazione in diversi luoghi del diritto, come negli art. 115, 374, 525, 685. 712, 732. 746, 986, 1014, 1016, 1017, ec. leggi civili; e negli articoli 1011, 1031, 1046, 1052, ec. leggi di procedura civile, e nell'art. 428 della legge di commercio; — che in fatto di vendita di mobili non esiste presso di noi alcuna specifica risoluzione.

Sul terzo dubbio poi era stato osservato; — che l'art. 712 leggi di procedura civile richiede la valutazione per l'argenteria, per gli anelli, per le gioje; — che questi effetti hanno dovuto e potuto essere sottoposti a destinazione per lo motivo che

294. Il principio che ciascuno erede può prendere in ispecie la sua parte di beni, soffre eccezione, quanto ai mobili, in due casi: 1° quando alcuni creditori hanno fatto sequestro, nè vi sia tanto denaro da soddisfare i lor crediti; perchè, essendovi danari contanti, non sarebbe necessaria la vendita dei mobili; 2° quando, non essendosi per anco posti i sequestri, vi sieno carichi molti, e danaro poco, onde il più degli eredi trovi necessaria quella vendita.

Ma senza fallo, nell'uno e l'altro caso ciascuno degli eredi avrebbe il dritto di impedire la vendita per la sua parte del mobile, prendendola in natura, e pagando del proprio la sua porzione di debiti (ved. Cod. proc. articolo 945 a 952 (1021 a 1082)).

827 (746).—Se gli stabili non possano comodamente dividersi, se ne dovrà fare la vendita all'incanto davanti al tribunale.

Quando però le parti sieno tutte in età maggiore, possono consentire che l'incanto segua davanti un notaro eletto di comune accordo.

295. Alcune lievi difficoltà nel dividersi gli immobili non ne rendono necessarî gli incanti; bisogna che la divisione non possa effettuarsi senza un considerevole svilimento di beni o grandi incomodi nel godimento delle porzioni. Nè dessi sarebbero pur ne-

hanno un valore affatto intrinseco;—che per ogni altro effetto che manchi di questo valore intrinseco converrebbe stare alle conseguenze dell'asta;—che nel sistema della preventiva valutazione esistendo oblatori, dovrebbero o rimanere invenduti gli effetti o nuova perizia praticarsi per la vendita a ribasso, e così successivamente, se il prezzo fissato non venisse ad ottenersi;—che in tal modo vi sarebbe certo aggravamento di moltiplici spese, in ultimo non potrebbe conseguirsi che il prezzo dell'asta;—che d'altronde una grande garentia a rimuovere le frodi che possono temersi sta nella facoltà data al presidente di designare il luogo sul quale abbia a succedere la vendita;—che comunque a prima vista una certa analogia apparisse tra gli oggetti preziosi, de'quali avviene la estimazione giusta l'articolo 712 leggi di procedura civile, e gli oggetti delle belle arti, pure non poteva avvertirsi che di cotesti oggetti la legge si facesse:—che per verità il valore di oggetti di belle arti talvolta inestimabili quanto più vanno al tipo ideale spesso arbitrario, come da elementi mal calcolabili nè prodotti dell'alto ingegno, non può mai fissarsi con precisione;—che però potrebbero incontrarsi certi casi nè quali a prevenire il danno per oggetti di belle arti veramente preziosi ed insigni fosse d'uopo altro provvedimento per non deprimere il valore loro, e non allungare oltre il modo gli atti della vendita.

Relativamente al quarto ed ultimo dubbio era stato osservato;—che l'art. 1021 leggi di procedura civile, ha diffinito la vendita, di che trattasi, aversi a praticare colle forme stabilite nel titolo del pignoramento de' mobili;—che tra questi forme non vi ha luogo a preventiva estimazione;—che in generale ciascuna cosa tanto vale per quanto si può vendere;—che la pubblicità degli atti per la vendita, l'intervento di pubblico uffiziale, la chiamata delle parti interessate, la sanzione della legge per la garentia delle licitazioni debbano escludere ogni timore;—che mentre la legge ha *disposto il metodo* per la vendita a ribasso di beni stabili, *nulla* ha indicato per la vendita a ribasso di effetti mobili;—che sarebbe ingiurioso imputare questo silenzio ad oblio del legislatore;—che bensì questo silenzio va spiegato per l'uso indicato delle forme nel titolo del pignoramento de' mobili;—che vi ha gravissimamente differenza tra un immobile ed un effetto mobiliare;—che nel sistema della *rivendita* a ribasso con autorizzazione del magistrato verrebbero ad aversi tutti quelli inconvenienti che sono stati di sopra rilevati per lo sistema della preventiva estimazione pe' quadri in generale, per le statue, ec.

In conseguenza di queste osservazioni e di correlativo avviso ancora della consulta generale, S. M. nel C. O. di S. dei 29 dicembre del passato anno si è degnata dichiarare:

Che nelle ordinanze del presidente di che è parola nell' art. 1022 leggi di procedura civile, non debba nè possa destinarsi l'usciere agli atti della vendita, da farsi ai termini dell'art. 1021 e seguenti delle medesime leggi di proc. civ.

Che a cotesti atti di vendita non possa prescegliersi dalle parti un notaio invece dell'usciere;

Che non faccia mestieri di preventiva estimazione per la vendita di statue, quadri, medaglie, ed altri lavori di belle arti salvo se gli oggetti sieno di tal materia a cui possa applicarsi il disposto nell'articolo 712 leggi di procedura civile.

Che però, ove trattisi nella vendita in quistione di oggetti insigni di belle arti, sia provveduto dal magistrato nel modo che meglio sarà riputato conveniente;

Che se economicamente giovi che i mobili si mettano in vendita sulla base del prezzo stabilito nell'inventario, non ne sia legalmente interdetta la licitazione e la vendita anche a prezzo minore;

E che a ciò non occorra precedente autorizzazione di magistrato. Nel R. N., ec. fir. Parisio (comunicato al proc. del Re a dì 30 gennaro 1839).

cessari, quand' anche uno o più immobili non potessero affatto dividersi, se fosse possibile fare entrare in una porzione ciascun di essi per intero.

Del resto gli incanti non si eseguono precisamente avanti il tribunale, ma soltanto sotto la di lui sorveglianza; essi hanno luogo o avanti il giudice deputato a ciò, o avanti un notaro delegato dal tribunale (Cod. procedura art. 970 (1046)).

Essendo maggiori e capaci tutti gli eredi, essi senza dubbio sarebbero liberi di vendere gl'immobili quando e come vorranno, così potrebbero di certo far incantare l'immobile che non converrebbe ad alcun di loro (art. 1686 (1532)).

828 (747). — Dopo la stima e vendita dei mobili e degli immobili il giudice delegato rimette, se occorre, le parti avanti ad un notaro da esse eletto, o nominato *ex officio*, quando esse non si accordino nella scelta.

Avanti a questi si procede ai conti che i condividenti dovessero rendersi, ed alla formazione dello stato generale dei beni, e quella delle rispettive porzioni ereditarie, ed alle somministrazioni da farsi a ciascuno dei condividenti.

296. Il tribunale nomina il notaro non pure quando le parti non concordano nella scelta di lui, ma anche sempre che vi siano eredi minori, interdetti o non presenti. Per convenire validamente intorno alla scelta, fa uopo le parti sieno tutte presenti e capaci.

A prima giunta sembra esservi contraddizione fra la regola risultante dal nostro articolo e dall' art. 834 (753), e l' altra stanziata dallo art. 466 (389) nel titolo *della tutela*. Questo in fatti vuole che si proceda alla formazione delle porzioni dai periti, e nel momento stesso della stima degli immobili; al contrario, il presente articolo e l' art. 834 (753) dichiarano che non vi si proceda che più tardi avanti il notaro, e da uno dei coeredi, o da un solo perito nominato dal giudice commessario. La contraddizione è apparente, applicandosi le due regole a due diverse ipotesi, siccome spiegano gli articoli 975, 976 e 978 del Cod. di procedura (1051, 1052 e 1054). I quali in sostanza dicono: se la divisione ha per oggetto immobili sopra i quali sieno certi i dritti degl'interessati, per modo che non vi sia luogo a contesa, e i periti sieno stati nominati, questi formeranno immediatamente le quote procedendo alla stima conforme all'art. 466 (389) (art. 975 Cod. di proc. (1051); se al contrario i dritti delle parti non sien certi, o la divisione abbracci altri beni che gli immobili da stimare, o se in fine il tribunale non ha ordinato la perizia, si procederà davanti il notaro alla formazione delle porzioni, siccome è ordinato dall'art. 828 (747) (art. 976 Cod. di proc. (1052)), e le quote in quest' ultimo caso saran fatte da uno degli eredi se occorre, o da un perito designato dal giudice commessario.

829 (748). — Ciascuno dei coeredi a norma delle regole che saranno stabilite in appresso, conferisce nella massa tutto ciò che gli è stato donato, e le somme di cui è debitore.

SOMMARIO

I. Poco esatta compilazione dell' articolo. Le regole della collazione propriamente dette non si applicano ai debiti.

II. Censura della dottrina di Duranton contraria in un punto.

I. — 297. Il Codice ebbe torto nel rassomigliare qui l'erede debitore del defunto coll'erede donatario; passando grande differenza fra l'uno e l'altro. Non v'è *colla-*

zione propriamente detta che per le donazioni; pei debiti v'è *pagamento*; e dove lo erede può sottrarsi alla collazione rinunziando alla successione (art. 843 (762)), non può senza dubbio evitare in alcun modo il pagamento di ciò che doveva al defunto. La parola collazione dunque è presa qui in un senso lato per significare ogni prestazione da farsi dall'erede alla massa, nè devonsi in nulla applicare ai debiti di lui verso la eredità, le regole particolari che saranno indicate più avanti per la collazione propriamente detta.

Intanto a sostenere il contrario, si è abusato del modo onde è stato con poco rigore compilato l'articolo e per tacere qui delle diverse ed inesatte opinioni che parecchi giureconsulti han messo innanzi, dobbiamo almeno notarne una formalmente insegnata da Duranton.

II. — 298. Lebrun (*Success.*, lib. 3, cap. 6, sez. 3, n. 17) e Pothier (*Successioni*, cap. 4, art. 2, § 2, § 14) decidevano un tempo che le somme *prestate* dal defunto all'erede dovevano essere da costui *conferite* al tempo dell'apertura della eredità, quantunque non fosse ancora esigibile il pagamento; e Duranton (VII-312) insegna avvenire lo stesso sotto il Codice. Opinione che non sapremmo adottare.

Osserviamo dapprima, che la regola di cui si tratta fondavasi sopra una bizzarra ed anche iniqua finzione, che non siamo autorizzati a far rivivere oggi. Il prestito, dicevasi, stimasi di pieno dritto una donazione fatta per anticipato assegnamento ma « non si reputa anticipato assegnamento, che contro il figlio che si conduce da erede, e resta semplice prestito contro il figlio che rinunzia (Lebrun, *loc. cit.*) ». Così, quando il padre aveva dato al figlio una somma, valutavasi le circostanze onde conoscere se fosse donazione o prestito. Nel primo caso, la donazione rimaneva tale in prò o contro del figlio che conferiva il dono accettando la eredità (articolo 842 (762)) e lo conservava rinunziandola (art. 548 473)); il che era perfettamente giusto. Se riconoscevasi al contrario essere stato prestito, quell'atto restava tale in quanto era più svantaggioso al figlio, e per obbligarlo a restituire al termine stabilito in caso di rinunzia; ma trasformavasi fittiziamente in donazione in quanto che questa potesse nuocere di più al figlio, e a fin di privarlo del suo termine per mezzo di una collazione immediata nel caso di accettazione.

Pothier, tuttochè ammettesse questa regola, riguardavala come una eccezione di rigore, e cominciava la spiegazione di queste idee con dire: « si è spinta sì oltre la obbligazione che... » Quanto a Domat, la sua alta ragione non avea potuto adattarsi a tal regola, e positivamente la rigettava: « Non si deve comprendere, egli diceva, nel nostro modo di conferire i *beni* ciò che uno erede poteva avere di una eredità altrimenti che colla donazione, come se fosse debitore di denaro *prestatogli dal defunto*. (Leggi civili 2ª parte, lib. 2, titolo 4, sez. 1). Or non potrebbe oggi ammettersi siffatta eccezione di rigore che *non* è riprodotta dai testi del Codice, dacchè le sole regole di dritto comune vanno da se, e senza bisogno di un testo speciale. E in vero dove si consideri il cambiamento recato dal Codice al sistema delle collazioni, ben tosto comprendesi che esso non poteva adottare una siffatta regola. E poi l'art. 918 (838) prova precisamente che questa idea è stata respinta dal nostro legislatore.

Un tempo l'obbligo della collazione non esisteva che *tra i figli*, ed era perciò stesso inteso con maggiore severità; nè poteva mai cessare che per espresso divieto *del defunto* (Lebrun, *loc. cit.*, n. 9 e 12). Oggi l'obbligo della collazione in cambio *di* essere speciale ai figli, estendesi a tutti gli eredi (art. 843 (762)), e quindi si applica con meno rigore. Esso vien meno per una semplice dispensa che alle volte può esser tacita. Difatti è riconosciuto dal più degli scrittori, e da tutte le decisioni, che la dispensa tacita basta per le donazioni fatte per interposte persone, o sotto la forma di un atto a titolo oneroso (art. 852 (770), num. I-IV) come dunque ammettere oggi una eccezione che già nell'antico dritto

Pothier trovava tanto rigorosa, e che Domat respingeva?

Abbiamo aggiunto che l'art. 918 (834) prova da se solo che questa antica idea veniva respinta dal Codice. In vero la regola era di far conferire, come cosa donata, qualunque denaro prestato dal padre al figlio, o come prestito propriamente detto e da restituirsi, o come prestito impropriamente detto e costituente una rendita. « Si è obbligato il figlio, dice Pothier (*loco citato*) alla collazione delle somme ricevute per prezzo di costituzione di rendita ».

Così dunque, se mio padre mi ha dato un capitale di 20,000 franchi coll'obbligo di costituirgli una rendita perpetua o vitalizia, avrei dovuto alla sua morte, accettando la sua eredità, conferire questo capitale. Or vediamo in faccia a ciò che cosa ne dice l'art. 918 (834). Dapprima, se la rendita *stipulata* dal defunto per prezzo del *capitale da* lui alienato, è una rendita *perpetua*, l'erede debitore non sarà mai tenuto a conferire, e continuerà a pagare la rendita, come se fosse estraneo alla eredità: ecco una prova che il Codice non ammette la regola di Lebrun e di Pothier. Se poi l'alienazione del capitale ebbe luogo per una rendita semplicemente vitalizia (il che è più grave e fa sospettare una collusione fraudolenta) ma l'erede sia un collaterale, le cose restano sempre sotto lo impero del dritto comune, e l'erede conserva il suo capitale per quanto considerevole fosse: ed ecco un'altra prova che non esiste sotto del Codice la regola di Lebrun. — Se in fine questa alienazione del capitale per una rendita semplicemente vitalizia, fosse stata fatta in pro di un erede in linea retta (la qual cosa cresce i timori di una frode) ed abbia inoltre avuto luogo senza il consenso degli altri successibili, allora l'articolo 918 (834) dichiara che l'atto debba considerarsi come donazione; ma in questo medesimo caso, esso dispensa dal conferire tal donazione, e vuol soltanto che si riduca alla quota disponibile, se la superi. La prova riesce abbastanza forte.

La dottrina di Duranton è dunque erronea. In vero, se con una sincera e leale convenzione, uno zio mi ha prestato per dodici anni 40,000 franchi con pagargli lo interesse al 5 per 100, perchè dunque costringermi, morendo lo zio dopo due o tre anni, ed essendo io uno degli eredi di lui, a restituire immediatamente il capitale, sul quale ho duvuto fare assegnamento ancora per nove anni?

830 (749). — Se la collazione non è fatta in natura, i coeredi ai quali è dovuta, prededucono una porzione eguale sulla massa ereditaria.

Queste prededuzioni, per quanto è possibile, si formano con oggetti della stessa natura, qualità e bontà di quelli che non sono stati conferiti in natura.

831 (750). — Dopo le dette prededuzioni, si procede sopra ciò che rimane in massa, alla formazione di altrettante parti eguali, quanti sono gli eredi o le stirpi condividenti.

SOMMARIO

I. L'articolo parla del caso in cui i dritti sono eguali. Quid se sono ineguali?
II. Non v'è difficoltà se tutti gli eredi concordano per darsi le porzioni di convenienza.
III. La ineguaglianza dei dritti è di poco momento, esistendo rispetto ai rappresentanti di eredi che avrebbero avuto dritti eguali, od anche per le divisioni a fare far le due linee.

I. — **299**. Per potersi fare, come suppone il nostro articolo, altrettante porzioni eguali per quanti sono gli eredi venienti per proprio diritto, o le stirpi di rappresentanti, fa uopo certamente che questi diversi eredi o queste diverse stirpi abbiano uguali dritti. Ma come effettuarsi la divisione se i dritti fossero ineguali? Questo caso non preve-

duto dalla legge presenterà spesso delle difficoltà, e non ci sembra tale da poter ricevere una regola ferma ed assoluta.

Così, quando il defunto lascia per eredi il padre ed un fratello, non si faranno due porzioni, l'una cioè di un quarto pel primo, e l'altra di tre quarti pel secondo; perchè con questo mezzo bisognerebbe assegnare a ciascuno direttamente la sua porzione, mentre le porzioni debbono essere tratte a sorte (art. 835 (754)); si faranno dunque quattro porzioni, ognuna di un quarto; se ne sortirà una pel padre, e le altre tre rimarranno al fratello.

Sarebbe lo stesso, se insieme col padre concorressero due fratelli; questi avendo dritto allora ad un quarto e mezzo per ognuno, mentre il padre deve sempre prendere il suo quarto, la necessità del sorteggio vuol che prima si facciano quattro eguali porzioni. e tre si suddividano poi fra i due fratelli.

Se il defunto insieme col padre ed un fratello lascia anche la madre, si dovranno ancor fare quattro porzioni di un quarto, ovvero due porzioni di metà, una pel fratello, e l'altra pel padre e la madre, che poi suddivideranno per avere ognuno il proprio quarto? Da una mano il fratello amerebbe meglio la divisione in due parti eguali che gli darebbe una porzione più ben composta; al contrario, il padre e la madre potrebbero anteporre la divisione in quattro porzioni, perchè una delle due metà sarebbe composta di un immobile malagevole a dividersi, e che toccando loro in sorte, li costringerebbe forse ad un incanto dannoso, dove la divisione in quattro eguali porzioni farebbe fare da principio l'incanto, e distribuirebbe fra tutti la perdita che l'incanto può produrre. Che decidere nell'urto di tali contrarie pretensioni? se la divisione in due parti giovevole al fratello, non può recar pregiudizio al padre e alla madre, questi senza dubbio non possono opporvisi; se al contrario potesse tornar loro pregiudizievole, mentre la divisione in quattro parti non può produrre al fratello che un lieve inconveniente, dovrebbe adottarsi quest' ultima maniera.

Se in luogo di un fratello, il defunto n lasciasse tre che avrebbero dritto ciascheduno ad un terzo della metà, cioè ad u sesto; siccome allora sarebbe troppo svantaggioso per il padre e la madre di dividere prima in sei parti e far poi con tr di queste seste due porzioni di un quarto, ed altresì troppo svantaggioso pei fratelli di dividere prima in quattro quarti e poi suddivider due di questi quarti in tre sesti, dovrebbe evidentemente dividersi da principio in due metà, di cui una (quella devoluta al padre e alla madre) si dividerebbe in due, e l'altra in tre.

Così quel che si potrebbe dire intorno a queste diverse ipotesi di dritti ineguali, si riduce a queste due regole: 1° bisogna sempre che vi sia sorteggio per ciascuno dei coeredi; per modo che, quando un sol modo di divisione dà luogo al *sorteggio*, non vi può essere imbarazzo; 2° quando il sorteggio è possibile con più *modi di* divisione, bisogna adottar quello che offre minori sconci.

II. — 300. Del resto non può esservi alcuna difficoltà, quando tutti gli eredi che son presenti e padroni dei loro dritti si accordano per dividersi fra loro le porzioni che loro appartengono.

Questa convenzione potrebbe anche aver luogo con eredi minori, purchè si seguissero le formalità indicate dall' art. 467 (390). Difatti questa convenzione tendente ad evitare un piato presso a sorgere fra i coeredi, sarebbe realmente una transazione; or abbiam veduto coll'art. 467 (390), che mercè una deliberazione del *consiglio di* famiglia, dell'avviso conforme *di tre giu*reconsulti destinati dal procuratore della Repubblica e della omologazione del tribunale, la transazione è permessa ai minori (decisione conforme, Cassazione 30 agosto 1815).

III. — 301. Le difficoltà di cui abbiamo ragionato, non si presentano se ineguaglianza di dritti avessero i rappresentanti di eredi che se vivessero, avrebbero eguali diritti. Così, quando il defunto abbia per eredi un figlio, e più due figli di un se-

condo figlio predefunto, quantunque i due nipoti abbiano per ciascuno un quarto, e il figlio una metà, farà d'uopo non di meno dividere la eredità in due parti eguali, l'una delle quali poi divideranno i nipoti fra loro.

Il nostro articolo infatti vuol che si facciano altrettante parti quanti eredi o stirpi; e l'art. 743 (665) ci aveva già detto, che essendovi rappresentazione, la divisione deve farsi per istirpi e non per capi. E ciò è giusto, perchè la rappresentazione mira a mettere i nipoti nel luogo in cui sarebbero stati se il loro padre fosse sopravvissuto al defunto; ma egli sopravvivendo avrebbe tolto una metà che i suoi due figli si sarebbero poi divisa alla sua morte. Essi che rappresentano e surrogano il defunto, non debbono dunque avere nè maggiori nè minori dritti di quelli che quegli si avrebbe.

La ineguaglianza dei dritti sarebbe del pari di nissun momento, se esistesse fra le due linee paterna e materna. Così, quantunque la metà attribuita alla linea paterna deve passare intera ad un avolo, mentre tre cugini prendono la metà materna, questi che ne hanno un sesto per ciascuno, non possono esigere che se ne facciano sei porzioni: se ne faranno in vece due, e poi si suddividerà in tre quella che sortirà ad essi. Allora in fatti vi sono due successioni separate, due classi di eredi a ciascuna delle quali la legge attribuisce una metà del patrimonio, salvo poi a dividersi questa metà che costituisce la sua speciale successione.

302. Spiegammo già sotto l'art. 828 (747) la apparente contraddizione, che esiste fra il nostro articolo e l'art. 466 (389). Quando i dritti dei condividenti sono chiaramente certi, e la divisione non versa che sopra immobili, le porzioni si fanno successivamente secondo l'art. 466 (389) dai periti nominati conforme all'art. 824 (743); nel caso contrario, avanti il notaro, e dopochè la massa, le collazioni e le prededuzioni da fare sono stati stabiliti da questo ufficiale, procedesi alla formazione delle quote da uno degli eredi se tutti sono maggiori e concordi, o se no, da un perito destinato dal giudice commessario conforme al presente articolo (Cod. proc. articolo 975, 976, 978 (1051, 1052, 1054)).

835 (754). — Prima di procedere alla estrazione a sorte, ciascun condividente è ammesso a proporre i suoi reclami contro la formazione delle quote.

836 (755). — Le norme prescritte per la divisione delle masse da farsi tra le stirpi condividenti, si osservano egualmente nella suddivisione.

837 (756). — Se nelle operazioni commesse ad un notaro, insorgano controversie, il notaro stenderà processo verbale delle opposizioni, e di quanto deducono rispettivamente le parti; quindi le rimetterà avanti il delegato per la divisione, e del resto si procederà secondo le forme prescritte dalle leggi della procedura civile.

303. Il notaro, come si comprende, non è *il giudice* delle difficoltà che sorgono durante le operazioni. Egli adunque rimanda le parti avanti il giudice commessario, il quale non bastando a conciliarle, le rimanda a sua volta avanti il tribunale, alla udienza del quale egli fa il suo rapporto (Cod. proc. art. 977 (1053)).

838 (757). — Se tutti i coeredi non sono presenti, o se fra questi vi sieno degli interdetti o dei minori di età, ancorchè emancipati, la divisione deve farsi giudizialmente in conformità delle norme prescritte negli articoli 819 e successivi, sino al precedente inclusivamente. Se vi sono più minori i quali abbiano interessi opposti nella divisione, si deve dare loro un tutore speciale e particolare.

304. L'articolo 819 (738) aveva già detto, e il nostro articolo lo ripete, che

quando tutti gli eredi sono presenti maggiori e non interdetti, possono fare la divisione con quella forma e in quello atto che loro piacerà; quando però vi sono incapaci o non presenti, o quando tra gli eredi presenti e capaci non vi può essere accordo, si procede giudizialmente secondo le soprariferite regole che il Codice di procedura completa.

Vi è nondimeno questa differenza fra lo intervento del magistrato richiesto dalla incapacità o non presenza di qualche erede, e quello che divien necessario per il disaccordo degli eredi: nel primo caso fa d' uopo seguire assolutamente e senza eccezione tutte le regole indicate dalla legge, e nel secondo gli eredi, tuttochè procedano giudizialmente, possono sempre intendersi alla amichevole su questo o quel punto particolare, adottando una norma diversa da quella della legge. In questo modo gli eredi presenti e capaci, possono scegliere un perito in vece di tre per la stima degli immobili; (Cod. proc. art. 303 (397), indicare essi medesimi il notaro innanti a cui dovrà farsi l'incanto (art. 827 (746)); similmente destinare essi, anzichè farlo nominare d'ufficio, il notaro innanti a cui si deve procedere alla formazione della massa, e delle quote; distribuirsi all'amichevole, anzichè trarre a sorte, le porzioni che loro spettano; e per le porzioni da farsi avanti il notaro potrebbero riferirsene ad un perito di loro scelta, anzichè lasciarlo nominare dal giudice commissario.

839 (758). — Se vi è luogo ad incanti, nel caso dell'antecedente articolo, non possono esser fatti che giudizialmente colle formalità prescritte per l' alienazione dei beni dei minori. Gli estranei vi sono sempre ammessi.

305. Gli incanti sono come la divisione in ispecie: quando vi sono minori, interdetti o non presenti, essi non possono farsi che giudiziariamente nelle forme indicate dalla legge, e con ammettervi di necessità gli estranei ; quando al contrario sono tutti presenti e capaci, si faranno in quel modo che troveranno conveniente, e gli estranei non vi saranno ammessi che richiedendolo uno di loro (art. 1687 (1533)).

Ricordiamo del resto, che quanto ai minori e gl'interdetti, vuolsi la precedente autorizzazione del consiglio di famiglia nel caso che gli incanti sieno provocati in nome dell'incapace, e non dimandati contro di lui.

840 (759). — Le divisioni fatte in conformità delle regole sopra stabilite , sia dai tutori, coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, sia dai minori emancipati, assistiti dai loro curatori , sia in nome degli assenti o non presenti , sono definitive: se non sono state osservate le regole sopra prescritte, le divisioni non sono che provvisionali.

306. Le regole spiegate nel titolo della tutela sotto gli articoli 465 e 484 (388 e 407) mostrano che non fa mestieri pigliare alla lettera la prima parte del nostro articolo. Sembrerebbe invero che il tutore avesse sempre bisogno dell'autorizzazione del consiglio di famiglia per procedere alla divisione ; ma abbiam veduto che ne ha bisogno per farne la domanda non per rispondervi.

Quanto all'ultima frase che dichiara la divisione provvisionale, non essendosi osservate le regole prescritte, essa vien spiegata sotto l'art. 466 (389).

§ 4. — *Del dritto chiamato retratto successorio.*

841 (760). — Qualunque persona ancorchè parente del defunto che non sia in istato successibile , ed a cui un coerede abbia ceduto i suoi diritti all'eredità, può essere esclusa dalla divisione da tutti i coeredi, o da un solo, rimborsandogli il prezzo della cessione.

SOMMARIO

I. Scopo della azione del retratto stabilito dal nostro articolo. Divisione delle spiegazioni.
II. Quali classi di cessionari possono essere rimosse.
III. A chi appartiene l'azione di retratto.
IV. Sotto quali condizioni e dentro qual termine può essere esercitata.

I.—307. La legge non guarda benignamente la cessione dei dritti successori fatta ad estranei da alcuno degli eredi chiamati ad una eredità; per tema che lo estraneo esercitando il dritto del cedente, s'ingerisca negli affari ereditarî, esamini le carte domestiche e penetri in tutti i segreti della famiglia, guasti le operazioni della divisione, cagioni un grave pregiudizio agli altri eredi. Di conseguenza permette che costoro ritolgano al cessionario i dritti cedutigli, rifacendolo del prezzo della cessione.—Questo dritto dei *coeredi* del cedente di farsi surrogare forzatamente al cessionario, dicesi *retratto successorio*, ma non è da confondersi con quello ammesso nelle nostre antiche consuetudini col nome di *retrait lignager*. Il quale consisteva nel dritto degli eredi di ricomprare con certe condizioni i beni venduti dal loro autore: mirava a conservare i beni nella famiglia, mentre l' azione di surrogazione prescritta dal nostro articolo, ha per solo obbietto di schivare i disturbi che un estraneo potrebbe recare nelle divisioni comprando i dritti di uno degli eredi.

La disposizione del nostro articolo trae la origine sua da due leggi romane inserite nel Codice di Giustiniano (lib. IV, titolo XXXV, 22 e 23), e che son note col nome di leggi *Per diversas* e *Ab Anastasio* dalle parole con cui cominciano. Le quali due leggi permettevano che il debitore di un credito litigioso ceduto ad un terzo si facesse surrogare al cessionario, rifacendolo del prezzo; la nostra antica giurisprudenza adottò tal disposizione, la estese anzi ai dritti successori nello interesse dei coeredi; il nostro Codice infine ha sanzionato la prima regola negli articoli 1699, 1701 (1545, 1547) e la seconda nell'art. 841 (760).

Del resto, il modo troppo stringato onde fu scritto il nostro articolo, ha fatto sorgere molteplici quistioni, e noi ne esamineremo le principali, svolgendo successivamente:

1. Quali sieno i diversi cessionari che possano escludersi secondo il nostro articolo;

2. A quali persone appartenga questa azione di surrogazione.

3. Infine con quali condizioni, ed entro qual termine possa esercitarsi.

II.—308. Mirando la legge a rimuovere dalla divisione tutti quelli che non vi hanno dritto per se stessi, senza dubbio il retratto può aver luogo solamente contro tutti coloro che non sono successori universali del defunto.

Così, uno degli eredi può farsi cessionario dei dritti di un coerede, e nissuno può dolersene, dacchè, quando pure la cessione non avesse luogo, egli verrebbe alla divisione, e conoscerebbe tutti i segreti della famiglia. Così anche un figlio naturale in concorrenza con eredi legittimi, e un donatario o un legatario universale o a titolo universale, essendo successori generali che per la loro sola qualità debbono concorrere alla divisione del patrimonio, non possono di sicuro, perchè cessionarî, essere esclusi dalla divisione, essendochè vi verrebbero con altro titolo. Al contrario, il cessionario può essere rimosso quante volte fosse tale, che senza la cessione non sarebbe venuto alla divisione. Così, il retratto può esercitarsi contro il cessionario che fosse parente del defunto, ma non in grado utile per succedere, e più ancora, se fosse uno degli eredi che dopo la sua rinunzia avesse comprato i dritti successori di un altro erede, essendo

egli per la sua rinunzia divenuto estraneo alla successione. Dicasi lo stesso pure dei donatari, o legatari particolari, poichè la loro qualità non dà loro alcun dritto d'intervenire nella divisione.

Di che deriva che se l'erede il quale rinunzia fosse in pari tempo donatario o legatario, farebbe mestieri, per conoscere la validità della cessione a lui fatta, esaminare la natura della liberalità da cui gli viene il dritto: se la disposizione è universale o a titolo universale, la cessione conserverà i suoi effetti, e il cessionario non sarà escluso dacchè senza di quella egli verrebbe alla divisione; se al contrario la sua donazione o il suo legato sono a titolo particolare, potrà aver luogo il retratto, perchè senza la cessione egli sarebbe estraneo alla divisione. — Delvincourt e Dalloz (*Succ.*, cap. 6) incorrono quindi in errore, allorchè insegnano, che l'erede rinunziante può sempre conservare la cessione, perchè legatario o donatario, secondo il primo scrittore, ed anche senz'essere affatto nè l'uno nè l'altro, giusta l'avviso del secondo. Allega invano Delvincourt, a sostegno della sua dottrina, una decisione di cassazione dei 14 marzo 1810, trattandosi in quella specie di una donazione universale. Invano anche Dalloz fa osservare che l'erede rinunziante ha potuto conoscere prima della sua rinunzia i segreti della famiglia; imperocchè ha potuto pure non conoscerli, ed in tutti i casi, i tribunali non possono creare per lui una eccezione che la legge non ha fatto. La Corte suprema ha formalmente sanzionato la nostra dottrina con una decisione del 2 dic. 1829.

309. Non occorre del resto, perchè si desse luogo al retratto, che la cessione abbia per oggetto la totalità dei dritti dell' erede cedente; bastando similmente la cessione di una quota parte di questi dritti. Imperocchè, quando l'erede ha venduto la metà, il terzo del suo dritto successorio, certamente il cessionario avrebbe bisogno d'intervenire nella divisione, e potrebbe turbarne le operazioni, come se fosse cessionario dell'intero dritto. Ma che dire di colui a cui l'erede avesse venduto non l'intero suo dritto successorio, nè una quota parte di esso, ma soltanto il suo dritto sopra un oggetto speciale e determinato dell' eredità? Noi crediamo, come Chabot (num. 9) e Malpel (num. 249), che dalle circostanze debba dipendere la soluzione di questo punto. Se il cessionario, come in questo caso lo può, non voglia intervenire nella divisione, o lo voglia il sorteggio e l'attribuzione delle quote onde prevenire la frode del suo venditore, e senza punto ingerirsi nei segreti della eredità, non c'è ragione di esercitare contro di lui il retratto; e domandandolo gli eredi, non dovrebbe loro farsi buono.

Ma se il compratore pretendesse conoscere pure gli affari ereditari, e se la sua presenza dovesse impedire le operazioni della divisione, egli potrebbe rimuoversi in forza del nostro articolo. Questa ragionevole distinzione ci sembra tale da far cessare le contraddizioni che presenta su questo punto la giurisprudenza.

310. Ma perchè abbia luogo il retratto fa uopo che la cessione sia a titolo oneroso, non potendo esercitarsi contro colui al quale l'erede abbia fatto donazione dei suoi dritti successori: la quale regola vien giustificata dal testo, e dallo spirito del nostro articolo, non che dalla antica giurisprudenza e dal dritto romano. In effetto lo articolo consente che si rimuova un cessionario a patto di rifarlo del prezzo della cessione; ora non ci ha prezzo nella donazione. D'altra parte, la legge mira ad allontanare dalla divisione quei cessionari cupidi e trafficanti che faccian temere difficoltà e impedimenti alla divisione; un donatario non può temersi che sia cupido e trafficante. Da ultimo le leggi *Per diversas* e *Ab Anastasio*, seguite anche in questo punto dalla nostra antica giurisprudenza, eccettuavano dalla loro disposizione le cessioni gratuite; *Si autem per donationem cessio facta est, sciant omnes hujus modi legi locum non esse*. Ma se il donatario dei dritti successori dell'erede, li avesse poi retroceduto a titolo oneroso, il nuovo cessionario, ricadendo sotto il nostro articolo, potrebbe essere rimosso. Invero il cessionario do-

natario è stato posto dalla donazione nel luogo e grado del cedente, nè ha potuto avere maggiori dritti di costui; ora, non essendosi potuto da quest'ultimo fare una cessione irrevocabile a titolo oneroso, nemmeno dunque lo può il suo donatario. Sì nello antico dritto che oggi, è questa la dottrina di tutti gli scrittori. Ma rientrando nel caso del nostro articolo, tutte le volte che la cessione sarà stata fatta a titolo oneroso, il retratto potrà aver luogo. Se p. e. la cessione si fosse fatta non per denaro ma per permuta, gli è vero che i coeredi del cedente non potrebbero rendere al cessionario l'oggetto per cui questi otteneva la cessione, ma facendosi stimare dai periti l'oggetto dato in cambio, potrebbe pagarsi al cessionario il prezzo della stima (Limoges, 15 dicembre 1812).

III.—311. Lo scopo del nostro articolo 841 (760) fa abbastanza comprendere *da chi* possa essere esercitata l'azione del *retratto*. Essa appartiene evidentemente a *tutti* quelli che debbono concorrere alla divisione, cioè a tutti i successori generali, sieno eredi puri e semplici o beneficiati, successori irregolari, legatari, o donatari universali o a titolo universale. L'azione, come si vede, appartiene precisamente a quelle persone che potrebbero accettare la cessione, senza che possa rivolgersi contro loro. Ed è naturale che sia così; perchè l'azione mirando ad escludere dalla divisione l'estraneo che potrebbe turbarla, di certo non può essere intentata contro il cessionario che è già condividente senza questa qualità, e può esserlo *da tutti* quelli che hanno la qualità *di condividenti*. Dovendosi dividere una *eredità fra* le due linee paterna e materna, è pure semplicissimo che la cessione fatta da uno degli eredi di una linea, darebbe luogo al retratto in pro degli eredi dell'altra come anche per quelli della medesima linea. Così, supponiamo che uno dei due eredi paterni venda i suoi dritti successori ad una persona che non è chiamata alla divisione, non solo il secondo erede paterno, ma anche gli eredi materni potranno esercitare il retratto, da che questi sarebbero molestati come lo sarebbe la divisione a farsi del patrimonio del defunto.

Chabot (n. 17) cade dunque in errore, insegnando che l'azione appartiene allo erede della medesima linea del cedente, perchè allora vi sono due successioni una per ogni linea, e gli eredi della seconda sono estranei alla prima linea.—Che vale infatti essere estranei alla successione speciale di una linea, essendo chiamati alla successione generale, e bisognando innanzi tutto far la divisione in due metà, alla quale essi concorrono, e nella quale quindi possono richiedere che uno estraneo non li turbi? Chabot medesimo riconosce e con ragione (al numero 18) che se uno di questi eredi della seconda linea avesse acquistato i dritti successori dell'erede della prima, non potrebbe essere soggetto all'azione del retratto « dacchè egli è erede, e indipendentemente dalla cessione avrebbe il dritto di intervenire alla divisione e conoscere tutti i segreti della famiglia.» Ora, se per questa perentoria ragione, la cessione è in sicuro dal retratto, essendo fatta ad uno erede della medesima linea del cedente, riesce chiaro che per la stessa ragione egli ha il dritto di censurare, come farebbe l'erede della linea del cedente, la cessione fatta a qualunque che non sia condividente. Di più Chabot, esposti alcuni motivi che se fossero esatti toglierebbero agli eredi dell'altra linea qualunque dritto all'azione del retratto, lo consente ad essi ma solo nel caso che non vi fossero altri eredi della medesima linea del cedente, ovvero se questi ultimi non volessero essi medesimi intentarla. In breve conchiude, che gli eredi della medesima linea del cedente avranno l'azione a preferenza di quelli dell'altra.—Se non che questa preferenza di cui non vi sarebbe ragione nè nel testo nè nello spirito della legge, non potrà ammettersi. Il testo del nostro articolo accorda l'azione del retratto a qualunque coerede indistintamente. Quanto al suo spirito, si sa che esso non accorda l'azione che per lo interesse degli eredi

a rimuovere uno estraneo che potrebbe turbarne la divisione; ora l'erede della linea del cedente non avrebbe di certo a temere più turbamenti, quando il cessionario estraneo fosse escluso da uno erede dell' altra linea ; e quando lo rimovesse egli stesso. Essendo il cessionario rimosso dall' erede dell'altra linea, l' erede della linea del cedente sarebbe assolutamente nella medesima condizione, che se la cessione si fosse fatta direttamente a questo erede dell'altra linea; ora in questo secondo caso, egli non potrebbe dolersi, nè volere alcuna preferenza per confessione stessa di Chabot ; come dunque lo potrebbe egli nella prima ipotesi?

312. A tutti ed anche a ciascuno degli eredi il nostro articolo accorda il dritto di farsi surrogare all'estraneo cessionario. Da ciò segue che se un solo degli eredi ha esercitato il retratto, i suoi coeredi non hanno alcun dritto di esigere che il beneficio sia fra loro diviso ; egli ha usato del dritto di esercitarlo da sè solo, spettava agli altri esercitarlo con lui o prima di lui , come la legge loro permetteva. Che se il retratto già domandato da uno o da più non fosse ancora compito, gli altri di certo potrebbero presentarsi, ed ottenere che fosse accordato in pro di tutti , e proporzionalmente alla parte ereditaria di ciascheduno. Ma quando il retratto si è già consumato, quelli che vi sono stati estranei non possono muovere alcun richiamo; direbbero invano che il loro coerede per la fretta di farsi surrogare, toglieva loro un dritto spettante ad essi come a lui : nulla ha impedito che fossero essi più solleciti; e d'altra parte, si tradirebbe il pensiero del nostro articolo ammettendo la loro pretensione. In effetto, la legge permette il retratto non già per dare un beneficio agli eredi del cedente, ma unicamente per allontanare dalla divisione chi non vi era chiamato : quando dunque lo estraneo è rimosso, non importa da chi, e la divisione si è ristretta fra coloro che debbono concorrervi, è pienamente adempito il voto del nostro articolo.

IV.—313. Vediamo in fine quando e come l'azione possa esercitarsi. Il Codice non stanzia che il retratto debba aver luogo in un termine prescritto. Ed in vero non era necessario si fosse indicato un termine, perchè l'esercizio del dritto si estinguerà naturalmente in un tempo troppo breve: il retratto accordato dal nostro articolo a fin di cessare le difficoltà della divisione, non potrà avverarsi più finita quella. Non potrebbe similmente aver luogo per la ratifica che espressamente o tacitamente darebbero alla cessione tutti gli eredi maggiori e padroni dei loro dritti. Per esempio, se tutti questi eredi avessero chiamato il cessionario per dividere con essi , o risposto alla sua chiamata , questo fatto per parte loro sarebbe una rinuncia al loro dritto , un consenso tacito ad avere il cessionario per condividente.

Gli eredi, secondo i termini del nostro articolo, non possono togliere allo estraneo i dritti statigli ceduti, che rifacendolo del prezzo della cessione ; ma non dovrebbe pigliarsi alla lettera questa regola e credere sufficiente la restituzione del prezzo principale; dovrebbero aggiungersi le spese del contratto , non che gli interessi della somma pagata dal giorno del pagamento, essendo troppo giusto che il cessionario sia ristorato. La legge *Per diversas* richiedeva questa restituzione, e l'articolo 1699 (1545) vuol parimente che il debitore di un dritto litigioso non possa liberarsene, che pagando, oltre il *prezzo della* cessione, le vere spese del *contratto* , e gli interessi.*

Del resto riesce evidente dalla analogia di questo stesso art. 1699 (1545) non che dalla semplice osservazione de' principî generali, che non dovrebbe restituirsi il prezzo della cessione indicato nell'atto , bensì il prezzo reale della cessione. Se dunque il cedente ed il cessionario, a fin d'impedire

* Chi esercita il dritto di ricupero è tenuto oltre il dritto di riscatto, di pagare ancora al cessionario gli interessi. — Corte suprema di Napoli, 16 sett. 1845.

il retratto, avesse esagerato il prezzo della cessione, e gli eredi potessero provare qual se fosse stato il prezzo reale, essi di certo otterrebbero la surrogazione pagando quest'ultimo prezzo. Indarno allegherebbesi lo art. 1341 (1295) che dice di non potersi provocare con testimoni contro il contenuto negli atti, perchè nell'ipotesi nostra si sarebbe frodata la legge, ed è principio che vince tutti gli altri, che la frode fa cessare l'applicazione di tutte le regole ordinarie, *fraus omnia corrumpit.* Ma quante volte gli eredi non potranno provare la esagerazione del prezzo indicato nell'atto, dovranno pagarlo intero, ovvero accettare gli effetti della cessione. Oltre la esagerazione del prezzo della cessione, il cedente ed il cessionario avrebbero pure un mezzo facile per eludere il nostro articolo in una procura data al cessionario, che presenterebbesi alla divisione come semplice mandatario dell'erede, tenendo intanto segreta la cessione. Non fa uopo dire che anche in questo caso applicherebbesi il nostro articolo, se la frode petesse provarsi.

§ 5. — *Della esecuzione della divisione.*

842 (761). — Compita la divisione, si dovranno rimettere a ciascuno de' condividenti, i documenti relativi agli effetti speciali che loro sono pervenuti.

I documenti di una proprietà divisa, rimangono a quello che ne ha la maggior *parte*, coll'obbligo però di comunicarli a quelli fra i suoi condividenti che vi avranno interesse, ogni qualvolta ne venga richiesto.

I documenti comuni alla intiera eredità si consegneranno a colui che tutti gli eredi hanno scelto per esserne il depositario, coll'obbligo di somministrarli ai condividenti, ad ogni loro domanda.

Se vi è difficoltà sulla scelta, essa verrà determinata dal giudice.

314. La esecuzione della divisione che avrà luogo posciachè questa è terminata, consiste nel rilasciare a ciascun erede la porzione che gli è pervenuta, e questo rilascio comprende di necessità la rimessa dei titoli puramente relativi ai beni, che formano la porzione e che ne sono l'accessorio.

Quanto ai titoli comuni a tutti o a parecchi eredi, tutti gli interessati serbano il dritto di servirsene, ma si danno a custodire ad un solo. Se il titolo comune a tutti o ad alcuni, riferiscesi ad un oggetto in cui uno degli eredi ha ottenuto una parte maggiore dei suoi coeredi, costui ne è per legge il custode per il più grande interesse che egli ha di conservarlo. Se nissuno degli eredi ha una parte maggiore nella cosa a cui riferiscesi il titolo, il depositario è scelto da tutti gl'interessati o dal magistrato se non sono tutti d'un volere.

SEZIONE II.

DELLE COLLAZIONI.

315. Per *collazione* in materia di successione intendesi la rimessa che gli eredi debbon fare alla massa divisibile, delle liberalità state loro fatte dal defunto, la quale rimessa mira a mantenere la eguaglianza fra i diversi successori del *de cujus.*

L'origine della collazione o successione risale al dritto romano. Questa collazione, *collatio bonorum*, stabilita prima dal pretore solo per un caso particolare, fu a poco a poco estesa dalla giurisprudenza e dalle costituzioni imperiali, fino a che Giustiniano la rese generalmente obbligatoria per tutti gli eredi discendenti del defunto. Gli eredi ascendenti o collaterali non vi furono mai soggetti. Del rimanente l'obbligo della collazione cessava per questi di-

scendenti quando ripudiavano l'eredità, o quando il defunto l'avesse formalmente o tacitamente dispensati (Dig. lib. XXXVII, tit. VI, Cod. lib. 6, tit. XX).

Nell'antico nostro dritto le diverse consuetudini, rispetto a questa materia possono ordinarsi in tre classi: nella prima il donante poteva dispensare dalla collazione, nella seconda che era più numerosa, non sarebbe stata valida la dispensa della collazione, nè potevasi sfuggirla che rinunziando alla successione; nella terza infine non era possibile sfuggirla mai, e si doveva, quand'anche si rinunziasse. Del resto, l'obbligo della collazione, allora come nel dritto romano, non esisteva che pei discendenti del defunto (Pothier, *Success.*, cap. IV, art. 2, § 1).

Vediamo quali sono sopra questo punto le regole stanziate dal Codice.

843 (762). Qualunque erede ancorchè beneficiato, concorrendo ad un'eredità, deve conferire a' suoi coeredi tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione tra vivi, sì direttamente che indirettamente; egli non può ritenersi le cose donate, nè reclamare i legati a lui fatti dal defunto; eccetto che gli sieno stati fatti espressamente a titolo di prelegato, ed oltre la sua parte o colla dispensa dalla collazione.

SOMMARIO

I. La dispensa della collazione dev'essere espressa: senso di questa regola; censura della dottrina di Duranton. Rimando per le altre quistioni.

II. Disegno e divisione della sezione.

I.—316. Questo articolo contiene in sè tutte le seguenti disposizioni, nello spiegar le quali noi esamineremo le difficoltà che esso può far nascere. Di una sola però ci occuperemo per ora.

L'articolo vuole in principio (e salvo le eccezioni da indicarsi poi) che tutte le donazioni sia fra vivi, sia per testamento, fatte ad uno degli eredi del disponente, sieno soggette a collazione quando non ne fossero state *espressamente* dispensate. Nè questo testo è il solo che esiga la dispensa espressa. Il primo paragrafo dello articolo 919 (845) dice pure, che la porzione disponibile potrà esser data agli eredi, purchè la disposizione sia fatta *espressamente* a titolo di anteparte o prelegato; e il secondo paragrafo ripete che la dispensa non può risultare, che da una dichiarazione inserita in un atto di disposizione gratuita.

A torto dunque, e senza tener conto dei testi più precisi, si sosterrebbe, come Duranton (VII n. 229) lo fa da prima (mentre abbandona poco dopo la sua idea), non essere necessario per esservi dispensa, che *il disponente l'abbia espressamente dichiarato.*

La dispensa dev'essere espressa, cioè manifestata coi termini stessi della disposizione, colle espressioni di cui si è servito il disponente. Ma non bisogna andare più in là: e dacchè il donatario è espressamente dispensato, poco importa con quali termini e con qual modo lo sia.*

Nè solo la legge non impone espres-

* La Corte suprema di Napoli ha con varie decisioni stabilito le seguenti massime di giurisprudenza.

Le doti, le donazioni *propter nuptias* e le altre donazioni che il padre faceva al figlio, non erano secondo il dritto romano esenti da collazione, se non quando si fosse ciò espresso. Si poteva però dar luogo ad equipollenti. 6 nov. 1823.

Non vi è luogo a collazione *inter diverso jure succedentes.* 29 luglio 1824.

Così per antico come per nuovo diritto la dispensa della collazione può desumersi anche per equipollente 3 marzo 1825.

Ove però i giudici del merito han creduto non esistere tali equipollenti, la loro pronunziazione non sia soggetta a censura. 16 aprile 1825.

Si esclude la collazione per implicita dispensa. 24 gennaro 1832.

sioni ***sagramentali***, ma nemmeno chiede espressioni ***speciali***, una clausola ***ad hoc***; la dispensa risulta abbastanza dal ***contesto*** dell'atto, cioè dal ravvicinare ed accozzare insieme le sue diverse frasi senza essere particolarmente scritta in alcuna.

Difatti la dispensa anche in questo caso si manifesta dal testo della disposizione, colle ***espressioni*** combinate dell'atto, e di conseguenza ben può dirsi che dessa sia fatta testualmente, espressamente. A modo di esempio, quando un testatore fa prima ad uno, o a ciascuno dei suoi quattro eredi un legato particolare, aggiungendo che il resto dei suoi beni dovrà fra essi dividersi in uguali porzioni; senza dubbio, esprimendo queste due idee, esprime perciò la dispensa di conferire il legato particolare. Parimente, se un oggetto è stato legato ad un erede coll'obbligo di conservarlo durante sua vita, e restituirlo alla sua morte ai suoi figli, evvi dispensa validamente espressa, poichè il carico di conservare e restituire è in urto coll'idea di conferire alla successione del disponente (1); ved. art. 896, 1048 (941, 1003) e seguenti. Così la espressione della dispensa non ha formola sagramentale, nè ha pur bisogno d'essere speciale, ma fa uopo essere manifestata coi termini della disposizione; sarebbe nulla, se risultasse dalle circostanze ***di fatto***, e non fosse scritta in un modo qualunque, ed altresì nulla, se scritta coi più precisi termini in un atto che non sia donazione fra vivi, nè testamento.

E la intende al postutto così Duranton, contraddicendo alla fine del suo numero 219 ciò che nel principio aveva annunziato, e finisce con richiedere, d'accordo con tutti gli scrittori, una dispensa espressa testuale. Egli compendia infatti la sua spiegazione con dire che la dispensa può risultare dai ***termini sufficienti a manifestare la volontà*** del disponente. Ora volontà espressa è quella manifestata dai termini della persona.

317. La Corte di cassazione aveva da molto tempo, e in varie volte fermato questi principî (2); e ci sorprende che si abbiano sì male intesi da Duranton che credeva di riprodurli. « Considerando, diceva ella nelle sue decisioni dei 25 agosto 1812 e 20 febbraro 1817, che la Corte di appello ha potute inferire dal *contesto* delle disposizioni del testamento, che il testatore con la energia dei suoi *termini* e il *tenore* di tutte le sue volontà abbia dispensato l'erede dalla collazione ». Più tardi la Corte di Riom che non aveva compreso il senso di queste decisioni, giudicava esser valida la dispensa, quando, non ***essendo espressa***, risulta dal ***contesto della disposizione***. La Corte suprema sul ricorso osservò questa contraddizione identica a quella di Duranton, e dichiarò (17 marzo 1825) « che gli art. 843 e 919 (762 e 835) *esigono* che la dispensa sia espressa, ma non determinano espressioni sagramentali, per modo che siffatte quistioni posson decidersi ***secondo il contesto*** delle disposizioni ». Era questa, come si vede, una lezione di dritto, o piuttosto di grammatica data alla Corte di Riom, e fa maraviglia che il sapiente professore di Parigi ripeta, che secondo le decisioni della Corte di cassazione, la dispensa non ***avendo bisogno d'essere espressa***, ben risulti da ***termini*** sufficienti.

La dispensa, lo ripetiamo, dev'essere espressa, testuale; non importa come, ma è imprescindibile che sia espressa e in un

La dispensa dalla collazione non si richiede che sia letterale, potendo risultare anche da equipollenti. Ma gli equipollenti debbono offrire la stessa certezza della dichiarazione espressa. E questa certezza non saprebbe ravvisarsi in una donazione per anteparte solo, perchè sia stata fatta sulla quota disponibile. 28 febbraro 1852.

Le donazioni del disponibile non si presumono, ma debbono essere fatte espressamente a titolo di anteparte. 8 luglio 1852.

(1) Decisione di Bastia mantenuta in cassazione il 16 giugno 1830 (J. du P., 23, p. 587; Devill. 9, 1, 542).

(2) J. du P. tom. X, pag. 676; XIV, pag. 89; XIX, pag. 311; Devill., IV, 1, 176; V, 1, 283; VIII, 1, 80. — Ved. anche nello stesso senso Rig., 7 luglio 1835 (Devill., 1835, 1, 915); ma per non cadere in inganno sul significato di questa decisione bisogna ravvicinarla alla decisione della Corte di appello sopra la quale fu pronunziata.

atto regolare di gratuita disposizione; bisogna, come lo ha detto il rapporto al Tribunato, che la volontà di dispensare leggasi nella *medesima disposizione* (Fenet, tom. XII, pag. 390 (1).

II.—318. Eliminato da questa sezione (art. 844 (763)) ciò che non appartiene alla nostra materia, esamineremo successivamente in cinque paragrafi:

Da chi sia dovuta la collazione (art. 845 e 849 (764 e 768)).

A quale successione essa si faccia (articolo 880 (769)).

Di che cosa sia dovuta (articolo 851-856 (770-775)).

A chi dovuta (art. 857 (766)).

In fine come essa si effettui (art. 858 a 869 (777 a 788)).

844 (763).—Anche nel caso in cui le donazioni ed i legati siano stati fatti con dispensa dalla collazione, od a titolo di prelegato, l'erede venendo alla divisione non può ritenerli, che sino alla concorrenza della porzione disponibile; il *di più* è soggetto a collazione.

319. Non è questo un caso di collazione, ma di riduzione; ma nel titolo delle *donazioni* cap. 3° e non qui, avrebbero dovuto i compilatori porre questo articolo, mettendo in vece di *collazione* la parola *riduzione*.

Difatti trattasi nell'articolo della frazione che in liberalità eccede la quota disponibile, e tocca la legittima; or qualunque dono, fatto oltre la porzione disponibile, non è semplicemente soggetto a collazione da coerede a coerede, ma *nullo*. Questo dono che toccherà la porzione *disponibile*, potrebbe togliersi a qualunque donatario, poco monta se estraneo o *successibile* (articolo 920 (837)); mentre se fosse soltanto una collazione, non potrebbe domandarsi che al donatario erede (articolo 843 (762)). Ed appunto perchè *non* è questo un caso di collazione, l'*oggetto* può venir tolto al donatario, malgrado *la* formale dispensa dalla collazione.

Spieghiamo ora le regole della nostra materia.

§ 1. — *Da chi sia dovuta la collazione.*

845 (764).—L'erede che ripudia l'eredità, può non ostante ritenersi le donazioni tra vivi, o reclamare i legati a lui fatti fino alla concorrenza della porzione disponibile.

320. Cessando di essere erede quegli che rinunzia, divenendo quindi estraneo alla successione, e riputandosi come se mai non vi fosse stato chiamato (art. 785 (702)), era logico non sottometterlo alla collazione, dacchè secondo l'art. 857 (776) la collazione non è dovuta che dal *coerede* ai suoi coeredi; l'art. 843 (762) ci aveva anche detto, che la collazione non è dovuta che dall' erede che *concorre* ad una *eredità*. La collazione che tende a mantenere la eguaglianza nella divisione dell'eredità, non si può dunque domandare a colui che non vi concorre.

Il nostro articolo adunque manifesta una regola semplicissima, dichiarando che lo erede che rinunzia, può ritenere la donazione, o reclamare il legato a lui fatto. Ma per ciò stesso che il rinunziante non è più erede, senza dubbio, essendo in uno dei casi in cui il patrimonio del defunto vien diviso in due parti, disponibile l'una a libito del defunto, e riservata l'altra dalla legge ad alcuni eredi, senza dubbio diciamo, il rinunziante, non essendo erede, non ha alcun dritto alla successione riser-

(1) Toullier (IV, 455); Grenier (II, 484); Delvincourt, Demante (II, 177); Malpel (n. 265); Vazeille (n. 4); Chabot (n. 7); Zachariae (IV, p. 462).

bata; quindi se la sua donazione, o il suo legato toccano la legittima, egli deve soffrirne la riduzione ; in altri termini, egli può, come ben dice il nostro articolo, ritenere la donazione, o farsi rilasciare il legato, fino alla concorrenza della porzione disponibile.

Dopo qualche opposizione di tre giureconsulti, Chabot , Grenier e Delvincourt , dei quali i primi due son tornati alla verità, quasi tutti gli scrittori e le decisioni riconoscevano concordemente, che *l'erede rinunziante non ha alcun dritto alla legittima*; quando ad un tratto la Corte suprema, con inesplicabile mutamento, ha dato nuova vita alla opinione contraria, colla sua strana decisione dei 17 maggio 1843. Il quale grave errore sarà da noi confutato più avanti sotto gli articoli 913-914, n. IV (829-830).

321. Così l'erede donatario o legatario che rinunzia alla successione, può conservare la donazione, o farsi rilasciare il legato, ma soltanto entro i limiti della porzione disponibile. Nè ciò di certo significa che potrà sempre avere la liberalità per ciò solo che il suo oggetto non sia maggiore della porzione disponibile; bisognando inoltre, evidentemente, che la porzione disponibile non sia altronde esaurita. Supponiamo un padre con cinque figli e un patrimonio di 100,000 fr.; la sua porzione disponibile è di un quarto, ossia 25,000 franchi (art. 913 (829)). Ora, se egli avesse già disposto di questi 25,000 franchi quando faceva donazione ad uno dei suoi figli, costui di certo , rinunziando , non potrebbe nulla conservare ; perchè essendo già esaurita con una antecedente liberalità la porzione disponibile , dovrebbe torsi dalla legittima la donazione del figlio, il che non è possibile, essendo la legittima una successione : nè si può prender parte di essa quando vi si rinunzia.

Di più , la donazione fatta all' erede che rinunzia potrebbe pure essergli tolta, essendo di beni non disponibili , sebbene fatta in tempo che la porzione disponibile era in potere del donante. Supponiamo , seguendo sempre la ipotesi di un padre con cinque figli e 100,000 fr., che il defunto abbia prima dato 20,000 franchi ad uno dei suoi figli quando si maritava, e che di poi abbia disposto di 25 mila franchi in pro di un estraneo. Parrebbe a prima giunta che il figlio donatario potesse conservare i 20,000 franchi rinunziando alla successione, e che la donazione fatta al figlio dovrebbe esser solo attaccata perchè tocca la legittima, ma pure deve aver luogo il contrario: Imperciocchè la donazione fatta al figlio, senza contenere dispensa di collazione alla successione, versava sopra beni in questa ricadenti per la rinunzia del figlio donatario; e si è trasmutata la donazione per anticipato assegnamento in donazione ordinaria imputabile sul disponibile, in guisa che, come donazione ordinaria , è dessa posteriore a quella dello estraneo.

Tutto ciò sarà stabilito più avanti sotto l'art. 919 (835), n III e IV.

846 (765). — Il donatario che non era erede presuntivo al tempo della donazione, ma che si ritrova in istato successibile allorquando s'apre la successione, deve egualmente conferire quando il donatore non l'avesse dispensato.

322. La legge mirando a serbare la uguaglianza fra i coeredi (tranne che la donazione fatta ad uno di essi non ne sia dispensata) , vuole che la collazione sia fatta da qualunque donatario che concorre ad una eredità, quando anche non fosse stato erede presuntivo al tempo che riceveva la donazione. La legge crede che il donante abbia inteso fare un dono irrevocabile in quanto che il donatario , allora estraneo, rimarrebbe tale, e tramuterebbesi in semplice anticipazione di eredità , se egli divenisse uno degli aventi dritto alla successione : ma crede che al donante, il quale vuole assicurare semplicemente al donatario una

parte del suo patrimonio, importi poco che questi la trovi nella donazione, restandone estraneo, o nella eredità, divenendo erede. Se dunque il donante intende che la cosa avvenga altrimenti, dovrà meglio spiegarsi, dicendo che il dono sarebbe per precapienza allorchè il donatario diverrebbe erede.

847 (766 M).—Le donazioni ed i legati fatti al figlio di colui che è successibile al tempo in cui s'apre la successione, sono sempre considerati come fatti colla dispensa dalla collazione.

Il padre succedendo al donante non è tenuto a conferirli.*

323. Non comprenderebbesi affatto il presente articolo senza mettersi in armonia col principio degli art. 911, 1100 (827, 1054). Difatti esso dice, che v'è di pieno dritto dispensa di collazione nelle liberalità fatte *al figlio* di colui che concorre alla successione; ma non essendo erede questo figlio, come si può parlare di collazione o di dispensa di essa per la liberalità fatta a lui?

Secondo gli art. 911, 1100 (827, 1054) la donazione che non poteva esser fatta ad una persona, si considera legalmente a lei fatta, essendo diretta al suo figlio: la legge pone in principio che la donazione fatta in apparenza al figlio, si fa realmente all' autore di lui al quale non può farsi, e con questo ripiego si evita il divieto legale. Conseguente ai suoi principî, la legge nel nostro art. 847 (766 M) presume anche, che la liberalità fatta al figlio dello erede facciasi realmente all' erede stesso. Ciò fermato, tal donazione dovrebbe conferirsi; ma siccome il disponente era perfettamente libero di dispensare dalla collazione, e il ripiego preso (con dare al figlio non successibile in cambio dell'erede medesimo) ci fa chiaramente manifesto il suo volere di non domandarsi la collazione, la legge dichiara esservi difatti dispensa di collazione in questo caso.

848 (767).—Similmente, il figlio, succedendo per ragion propria al donante, non è tenuto a conferire le cose donate al di lui padre, ancorchè avesse accettato l'eredità di questo; ma se il figlio succede per diritto di rappresentazione, deve conferire quello che fu donato al padre, anche nel caso in cui avesse ripudiato la sua eredità.

SOMMARIO

I. Sviluppo e giustificazione dell'articolo.
II. Il rappresentante non deve conferire il dono che è stato fatto a lui stesso, e di conseguenza non dovrebbe quello fatto al padre se rappresentasse l' avolo. Dissentimento con tutti gli scrittori.

I.—324. Un padre fa una donazione ad un suo figlio che gli premuore; poscia egli muore, ed ha per uno dei suoi eredi il figlio del donatario premorto. Or questi dovrà egli conferire il dono fatto al padre? Se egli viene per dritto proprio e *proprio nomine*, senza dubbio non vi è tenuto, perchè sebbene egli sia l'erede, non è stato donatario: la collazione non è mai dovuta che da colui nel quale concorrano le due qualità di donatario ed erede. Se, al contrario, egli vien rappresentando il padre, siccome allora non egli concorre alla successione, ma sì il padre che rivive fittiziamente in lui, di certo colui che domanda la eredità è quel medesimo

* L'art. 847 è stato modificato con l'art. 766 delle leggi civili in questo modo: « L'erede non è tenuto a conferire ciò che è stato donato al figlio di lui.»

che ha ricevuto il dono, e quindi la collazione è dovuta: il figlio non ha se non se i dritti che avrebbe il padre vivendo; or da che il padre non avrebbe il dritto di succedere che conferendo, il figlio adunque succederà conferendo ancora. — Come si vede, la seconda disposizione dell' articolo nostro tolta da Pothier (*Succ.*, cap. 4, art. 2, § 4, alin. 15 e 16) non è che la conseguenza del principio, che la rappresentazione è una finzione che fa rivivere il padre nella persona del figlio, e attribuisce quindi a costui i dritti che quegli avrebbe se vivesse.

E tal disposizione, che che se ne abbia potuto dire, non può tassarsi d'ingiustizia. La morte prematura di uno dei figli di una famiglia, quando lascia discendenti non deve recare agli altri figli nè vantaggio, nè perdita; e quando i discendenti concorreranno poi alla successione dell'avolo, è perfettamente giusto che le cose avvengano come se il figlio premorto fosse succeduto all'avolo, a lui padre, e fosse morto dopo questo. Tale è l' effetto della rappresentazione, a ciò condurrà la disposizione del nostro articolo. — Quando il figlio del donatario premorto rappresenta il padre, egli concorre con eredi che avrebbero concorso col padre di lui e gli avrebbero fatto conferire il dono; egli l'avrebbe conferito quand'anche fosse stato dissipato da lui. Così il dono fosse di 20,000 fr., e la porzione ereditaria di ciascun figlio di 50,000, il donatario non avrebbe preso che 30,000 franchi; e quando poi fosse morto, il figlio avrebbe trovato questi 30 mila franchi nella sua successione. Ora parimente questi 30,000 franchi troverà nella eredità dell' avolo, il figlio che viene con la rappresentazione, e conferisce il dono fatto al padre (quand' anche egli non ne avesse profittato).

II. — 325. È da che le regole positive del Codice, come i principî dell'equità naturale, vogliono che il rappresentante sia posto esattamente nel luogo del rappresentato, e che ottenga nè più nè meno quello che avrebbe quegli ottenuto, ne conseguita che il figlio che succede per rappresentazione non dovrebbe conferire il dono che fosse stato fatto a se stesso, perchè lo ha ricevuto *proprio nomine*, ed egli succede non *proprio nomine* ma come avente dritto e in vece del padre. — Questa dottrina, ci è noto non è adottata da alcuno scrittore; ma ci pare la sola logica, non reggendosi il contrario sistema a fronte dei principî adottati dalla legge. Io non son tenuto alla collazione che per essere erede e donatario. Dunque, quando sarò erede *nomine proprio*, conferirò il dono a me fatto; essendo erede in nome di mio padre, conferirò il dono fatto a lui; ma non conferirò quello fatto a me, quando sarò erede in nome di mio padre; come non conferirò quello fatto a mio padre quando sarò erede in nome mio. Io non posso mai essere in pari tempo erede in nome mio e in nome altrui, e per conseguenza non devo mai conferire in una volta il dono fatto ad un altro, e quello a me fatto. Ora ciò avverrebbe nel sistema contrario in cui si terrebbe al figlio questo assurdo linguaggio: « Non siete voi l'erede, ma vostro padre per voi; bisogna dunque conferire il dono fatto a vostro padre; ma pure siete voi l'erede; dunque conferite voi il dono che vi è stato fatto; voi dovete la prima collazione, perchè ci ha finzione e non siete voi l' erede; ma pure non c'è finzione, e voi siete l'erede, per questo dunque voi dovete la seconda. » In fine riconoscesi che la rappresentazione (vuoi chiamarla finzione o no), mira a rassicurare ai rappresentanti il medesimo posto che avrebbero avuto se il rappresentato loro padre fosse sopravvissuto al *de cujus*, e loro avesse poi trasmesso la sua successione. Or se questo rappresentato fosse sopravvissuto, egli non avrebbe conferito il dono fatto ai suoi figli (art. 847 (766); dunque questi concorrendo con la rappresentazione, non devono nemmeno conferirlo.

Per sostenere che il rappresentante debba conferire il dono a lui fatto, s'invocherebbero invano gli articoli 843 e 846 (762 e 765), i quali dicono che qualunque erede deve conferire, e che il donatario che non

era erede presuntivo al tempo della donazione deve la collazione se egli è successibile al tempo della apertura della successione. Con ciò si risolverebbe la quistione con la quistione, da che noi pretendiamo che secondo la finzione della legge non è precisamente il figlio l'erede, il successibile, bensì il padre nel cui dritto e nome egli viene.

326. La obbiezione più grave potrebbe trarsi dall'art. 760 (676). Sotto questo articolo, n. III, vedemmo che la imputazione richiesta dai rappresentanti di un figlio naturale, è domandata non solo pei doni che avrebbe ricevuto il figlio che essi rappresentano, ma altresì per quelli ricevuti per loro stessi; or potrebbesi pretendere che questa regola sia applicazione dei principî della materia, e che debba regolare ancora il caso della collazione propriamente detta pei rappresentanti di uno erede legittimo? Ma secondo noi questa induzione non sarebbe logica; la regola dell'articolo 760 (676) ci pare una disposizione eccezionale richiesta da speciali circostanze.

Si è veduto in fatti sotto l'art. 759, n. II (675), che questi rappresentanti del figlio naturale non potrebbero in alcuna ipotesi per diritto loro proprio venire alla successione, che essi sono abilitati a succedere colla rappresentazione. Se il figlio naturale, loro padre, fosse vivente (e rinunziante o indegno) essi vedrebbero trapassare la successione o a legatarî o al coniuge del defunto, o anche allo Stato senza avervi mai alcun dritto, mentre i rappresentanti di un figlio legittimo in questo stesso caso si sarebbero trovati eredi per dritto proprio. I primi non sono dunque così favorevoli come costoro, e quando la legge per mero favore accorda ad essi la rappresentazione, e li chiama ad una successione sulla quale non doveano fare assegnamento; essi devono reputarsi felici di poterla prendere con subire anche la imputazione, in un caso che la collazione non fosse richiesta ai rappresentanti di uno erede legittimo.

E poichè la collazione non è dovuta nel caso della rappresentazione che per il dono fatto al rappresentato. a colui che si reputa venire alla successione nella persona del suo discendente, ne segue che un nipote che succede rappresentando l'avolo, non dovrebbe conferire il dono fatto a suo padre. Gli è vero che allora il nipote rappresenta e surroga il padre nello stesso tempo che l'avolo, ma egli sale al posto del padre per salir poi a quello dell'avolo, e in ultimo viene alla successione rappresentando l'avo e non il padre. Se il padre che ha ricusato il dono vivesse ancora, egli stesso succederebbe rappresentando il proprio padre, e per conseguenza non conferirebbe; dunque il figlio che lo surroga non deve nemmeno conferire. Ma ciò per la prima divisione da farsi nella successione fra le stirpi principali, perchè, se dopo questa prima divisione in cui il rappresentante non ha fatto la collazione, la stirpe di lui si compone di varie branche, dando luogo ad altra divisione per istirpi (art. 743 (665), gli è evidente che in questa seconda divisione il figlio rappresentante sarà tenuto alla collazione del dono fatto a suo padre; perchè allora egli succede non rappresentando l'avolo, ma il padre donatario.

849 (768 M).—Le donazioni ed i legati in favore del consorte di colui che fosse successibile, sono riputati come fatti colla dispensa di conferirli.

Se le donazioni ed i legati sono fatti congiuntamente a due coniugi, di cui uno solamente sia in istato di succedere. questi ne conferisce la metà, se sono fatti al consorte successibile, ha luogo la collazione per intiero.*

* L'art. 768 delle leggi civili è stato così concepito:

« Le donazioni fatte al coniuge di colui che è in grado di succedere non soggiacciono alla collazione.

« Se le donazioni sieno fatte espressamente a due coniugi dei quali uno solamente sia in grado di succedere, questi ne conferisce la metà: se sieno fatte a questo solo, ha luogo la collazione per intiero.

« I legati non soggiacciono a collazione, eccetto quando il testatore ve gli abbia espressamente sottoposti.

327. Questo articolo, come l'art. 847 (766 M) riguarda il caso di interposizione di persona. Suppone la legge, che la liberalità fatta in apparenza al coniuge di un erede, sia fatta realmente all'erede stesso, e quindi dovrebbe essere conferita dove non vi sia dispensa: ma in pari tempo ella dichiara che il ripiego del defunto per far pervenire i beni al suo erede, manifesta abbastanza la intenzione di sottrarlo alla collazione dei beni donati.

Quando dunque la liberalità è fatta intera al coniuge dell'erede, non va soggetta a collazione; se al contrario è fatta all'erede o in parte o in tutto, la collazione sarà dovuta per quello che sarebbegli in tal modo attribuito.

§ 2. — *A qual successione si faccia la collazione.*

850 (769). — La collazione si fa solamente nell'eredità del donante.

328. Essendo unico scopo della collazione alla successione, mantenere o ristabilire la eguaglianza nella divisione dei beni di una persona fra i suoi coeredi, senza dubbio gli oggetti donati debbono conferirsi solamente alla massa dei beni lasciati da quella persona; in altri termini, la collazione non dee farsi che alla successione del donante.

Ma si badi che un defunto può essere stato donante senza aver nell'atto parlato di donazione. Così, quando un figlio maritandosi ha ricevuto una dote dal padre e dalla madre, bisogna si valutino le circostanze per conoscere sopra i beni di quale dei genitori fu presa la dote.—Se il padre e la madre sono maritati sotto la comunione, e la dote è stata data di beni comuni, la madre che accetta poi questa comunione, si troverà essere stata donatrice della dote in metà, e sebbene il padre l'abbia solo costituita, nondimeno il figlio dovrà conferire la metà della dote alla successione materna; difatti la madre, se la dote non fosse stata data, ne avrebbe trovato la metà nella parte di comunione che la sua accettazione le attribuisce.

Al contrario, se la madre abbia rinunziato alla comunione, che rimane quindi intera proprietà del marito, evidentemente la dote è stata somministrata coi beni di questo, e quindi tutta la donazione dev'essere conferita alla sua successione (ved. art. 439 (770)).

§ 3. — *Quali cose debbano essere conferite.*

851 (770). — È soggetto a collazione ciò che si è impiegato per formare uno stabilimento ad uno de' coeredi, o per pagare i suoi debiti.*

SOMMARIO

I. La collazione è dovuta per qualunque liberalità diretta o indiretta. Col nome di doni indiretti la legge non comprende nè le donazioni a persone interposte, nè le mascherate; le une e le altre sono virtualmente dispensate dalla collazione.

II. Si stabilisce la proposizione quanto alle donazioni a persone interposte.

III. E quanto alle donazioni mascherate.

IV. Queste donazioni mascherate sono valide come donazioni.

V. I doni indiretti che restano soggetti alla collazione sono quelli che si presentano palesamente came liberalità, non essendo fatte con un atto formale di donazione. Osservazioni sul testo del nostro articolo.

* Non va soggetto a collazione nè quello che un padre spende per formare uno stabilimento precario al figlio, nè quello che spende per pagamento dei di costui debiti, quando diviene cessionario dei diritti del creditore. Corte suprema di Napoli 1° febbraro 1844.

I.—329. Questo art. 851 (770) e i cinque seguenti che ci spiegano per quali cose la collazione abbia luogo, sviluppano e determinano quella regola generale dell'articolo 843 (762) che l'erede deve conferire tutto ciò che ha ricevuto dal defunto direttamente o *indirettamente*. Prima di occuparci del loro testo, dobbiamo investigare il senso di quest' ultima espressione, che generalmente ci pare non ben compresa.

Chabot (art. 843 (762), n. 16), Grenier (Donazione, II 513) Delvincourt (II), Duranton (VII, 315), e varie decisioni intendono per doni indiretti tutte le liberalità fatte ad una persona, in altro modo che con una donazione francamente qualificata, e direttamente indirizzata ad essa. — Così, un atto di donazione è stato fatto dal defunto in vantaggio di Pietro che ha figurato come solo donatario; ma egli è provato che Pietro era persona interposta, incaricata di risegnare l' oggetto a Paolo che ne era il vero donatario; evvi in ciò, si dice, donazione indiretta. Il defunto ha fatto con Paolo un atto in cui ha dichiarato vendergli un immobile, e gli ha fatto quittanza del prezzo ; ma si prova che tal pretesa vendita era simulata, e nascondeva l'abbandono gratuito dell'immobile; sarà anche questa una donazione indiretta. Infine il defunto, senza ricorrere ad interposte persone, come nel primo caso, nè alla forma mentita di un atto a titolo oneroso, come nel secondo, ha non pertanto procurato a Paolo una liberalità, senza che vi sia stato un atto di donazione (per modo di esempio, sopprimendo il titolo di un credito contro di lui, dandogli colle proprie mani una somma di danaro o oggetti mobili, rinunziando ad una donazione per fargliela conseguire, ec.): qui ancora vi sarà donazione indiretta. I doni indiretti di cui parla lo art. 843 (762), si riducono dunque in tre classi: fatte ad interposte persone o mentite sotto un atto apparentemente oneroso; o infine per mille maniere che è impossibile ridurre ad unica formola, ma che non presentano nè l'uno nè l'altro dei due precedenti caratteri.

Or non ci sembra esatto il significato dato alla parola *indirettamente*, e crediamo che l'articolo non intenda parlare che dei doni della terza specie, non comprendendo nè le donazioni mentite nè quelle ad interposte persone. Nè è di arbitrio tal distinzione. L'art. 1099 (1053) ce l'indica, e gli art. 847, 849 e 918 (766 , 768 e 834) la giustificano.

Nello articolo 1099 (1053) la legge medesima distingue per le donazioni fra i coniugi, le indirette da quelle per interposte persone, o sotto l' apparenza di un atto oneroso: dichiara le prime riducibili alla porzione disponibile , ed annulla in tutto le altre. Ed ora la parola *indirettamente* presenta di sicuro nell'art. 843 (762) lo stesso senso che nell'art. 1099 (1053).

Infatti l'art. 843 (762) dichiara che i doni indiretti, come le liberalità dirette, devono essere conferiti, tranne che non sieno fatte *espressamente* per precapienza o prelegato o con dispensa di collazione: onde tranne d'una espressa dispensa i doni indiretti sono conferibili, ma gli articoli 847 e 849 (766 e 768) dicono che le donazioni ad interposte persone non si conferiranno, e l' art. 918 (834) toglie anche dalla collazione la donazione mentita sotto un atto oneroso; dunque queste due classi di donazioni non sono comprese nei doni indiretti di cui parla l' art. 843 (762).

II. — 330. Noi diciamo che gli articoli 847 e 849 (766 e 768) esimono dalla collazione le donazioni ad interposte persone, quantunque non contengano nè possano contenere (1) una espressa dispensa : la spiega da noi data di questi due articoli fa abbastanza comprendere il vero di tal decisione. Essi dicono, che le liberalità fatte al figlio , o al coniuge di un erede si reputano fatte con dispensa di conferirle ; dunque tali liberalità sono riguardate dalla legge come dirette non al figlio o al coniuge dell'erede, ma all'e-

(1) Senza dubbio colui che a fin di attribuire a Paolo un oggetto, ne fa apparente donazione a Pietro, non può dire in questo atto passato con Pietro, che egli dispensa Paolo dal conferirlo.

rede medesimo; perchè senza di ciò non potrebbe trattarsi nè di collazione, nè di dispensa fra essi, non essendo dovuta la collazione che dagli eredi. La legge adunque suppone che vi sia interposizione di persone e per questo affranca dalla collazione. Ed in vero quando un donante colora sotto una interposizione di persone la liberalità che potrebbe certamente fare al suo successibile, non vuole con energia che la collazione non sia fatta, poichè si sforza di rendere impossibile la domanda stessa della collazione?— Questa idea del Codice altronde non è che la riproduzione di una regola dell'antico dritto. Nella maggior parte delle consuetudini infatti, la donazione ai figli o al coniuge di un erede, riguardavasi come fatta all' erede medesimo, tal che da lui se erede diretto era conferibile ; e tale non era , quando si trattava di eredi collaterali, dice Pothier, perchè non si giudicava conveniente osservare la eguaglianza fra questi collo stesso scrupolo che fra i figli (*Success.*, cap. 4, sez. 3). Infine, e da ciò vien condannata la contraria dottrina di Duranton (VII, 326), i nostri compilatori si sono positivamente spiegati sul proposito. Nella prima compilazione dell'art. 849 (768) *137 del Progetto*, dicevasi solamente che le liberalità di cui discorresi, non sarebbero conferibili, senza dire perchè , nè parlare di dispensa. Ma al tempo della discussione, Tronchet che intendeva da prima l'articolo nel senso datogli ora da Duranton, censurò la disposizione, in quanto permetteva di far pervenire all'erede stesso le liberalità dichiarate non conferibili, come fatte al conjuge solamente di questo erede. Treilhard gli rispose, che la sezione di legislazione non avea dovuto preoccuparsi di questo timore , potendo questo dono non conferibile, che poteva in tal modo giungere allo erede , essergli fatto in tutti i casi apertamente con dispensa di collazione. Ridisse Tronchet che essendo questo il pensiero della sezione, essa dunque intendeva stabilire una presunzione di dispensa , e che quindi valeva meglio esprimerla. La quale osservazione fu dal Consiglio accolta, e la frase fu compilata nei termini che oggi leggiamo (Fenet, XII, pag. 63, 66).

Adunque, le parole *con dispensa di collazione* anzichè essere inesatte e non manifestanti il vero pensiero della legge, come pretende Duranton, sono al contrario state scelte a bella posta a fin di esprimere questo pensiero.

III.—331. I motivi determinanti il legislatore a riconoscere, e fermare una dispensa virtuale della collazione, nelle liberalità fatte ad un erede per mezzo di interposte persone , dovevano fargli riguardare dell'ugual maniera quelle che si mentiscono sotto la forma di un contratto oneroso. Quando l'oggetto di cui una persona vuol gratificare un erede, fa parte dei suoi beni disponibili, di guisa che potrebbe fargliene apertamente donazione valida; perchè mentire la donazione che ne fa , se non nel solo fine di assicurarne la proprietà esclusiva al donatario, prevenendo altronde le gelosie e le nimicizie che una donazione ostensibile con dispensa formale di collazione avrebbe potuto far nascere? Ed ora perchè tal volontà con tanta energia manifestata non sortirebbe il suo effetto, versando sopra una tal cosa per cui era permessa la dispensa ? L' analogia degli articoli 847 e 849 (766 e 768) ci mena dunque a decidere che le donazioni mentite , purchè si ammettano come valide (della quistione di validità ragioneremo nel numero quarto più avanti), traggono con esse secondo la mente del legislatore una dispensa virtuale e sufficiente di collazione.

Or questo pensiero della legge, disconosciuto da parecchi scrittori (1) non è in vero in alcun luogo del Codice espresso; ma si rileva abbastanza nello art. 918 (834). Difatti questo articolo dichiara: che quando alcuno avrà fatto una vendita a fondo perduto, o con riserba di usufrutto ad uno dei suoi eredi diretti, la pretesa vendita sarà

(1) Grenier (*Donat.*, II-513) ; Chabot (art. 843 (762)), n. 16); Delvincourt (t. II); Proudhon (*Usufrutto*, n. 2396); Duranton (VII-328).

considerata di pieno dritto come una colorata donazione, e quindi sarà imputata sulla porzione disponibile, in guisa che bisognerà conferire alla massa l'eccesso che ci è. La legge adunque vuole che la collazione mentita sotto la forma di un contratto oneroso, resti soggetta alla riduzione, ma non mai alla collazione.

Indarno Duranton (n.i 329 e seg.) e Duvergier (*sopra Toullier*, IV-474) dan per sola risposta, che questo articolo è una eccezione ai principî generali, e che quel che esso dice della vendita a fondo perduto, o con riserba di usufrutto non può estendersi ad altre vendite o a tutti gli altri atti. Senza dubbio la prima regola che da questo articolo deriva, allontanasi dal dritto comune, nè sarebbe permesso di estenderla ad altri casi; ma lo stesso non potrebbe dirsi dell' altra. Così che la vendita fatta ad uno erede diretto sia dichiarata di pieno dritto una donazione colorata, perchè a fondo perduto con riserba di usufrutto, la è una regola eccezionale e derivata da questa particolare circostanza del fondo perduto o della riserba di usufrutto che fa naturalmente supporre la simulazione; ma che questa donazione mentita sia dispensata dalla collazione, e soggetta solamente alla riduzione in quanto lederebbe la legittima, perchè dunque sarebbe essa pure una eccezione? Che questa vendita sia dichiarata donazione mentita piuttosto che qualunque altra vendita, o qualunque altro contratto oneroso in apparenza, ciò comprendesi pienamente; ma come spiegare, che questa mentita donazione sia dispensata dalla collazione, piuttosto che altra donazione mentita? Quando la donazione mentita si è provata, o per la presunzione legale, o per qualunque altro mezzo, gli è evidente che la dispensa dalla collazione ammessa in un caso dovrà esserlo sempre. Qual' è in fatti la causa di tal dispensa, se non il coloramento della donazione il quale mostra la volontà del donante di sottrarla dalla collazione?

332. A sostenere la contraria dottrina si trae argomento dagli articoli 843, 853 e 854 (762, 772 e 773). Così, si dice, gli art. 843 e 853 (762 e 772) esigono indistintamente la collazione per qualunque utile indiretto. Ma noi vedemmo più sopra (n. 1°) che col nome di liberalità indirette il testo medesimo della legge (articolo 1099 (1053)) non comprende nè le donazioni ad interposte persone, nè quelle colorate sotto la forma di contratto oneroso.

Arroge che l' art. 854 (773) esige la collazione per qualunque società che il defunto avrebbe fatto in frode, con alcuno dei suoi eredi; e pretendesi che per fraudolente, la legge intende quelle per mezzo delle quali l'erede socio schiverebbe la collazione dei beni, disponibili o pur no. di cui il *de cujus* lo avrebbe avvantaggiato. Ma questa interpetrazione non è essa priva di senso? Come può esservi frode nella disposizione di una cosa che la legge dichiara assolutamente disponibile? Defraudare la legge vale fare apertamente o segretamente una cosa da essa vietata; non vi è dunque frode quando io dispenso segretamente il mio erede da una collazione di cui potrei dispensarlo apertamente. L'art. 854 (773) adunque non parla che dei vantaggi dati sopra i beni riserbati, e pei quali occorre la riduzione. Vanamente, onde respingere tale idea, si vuol trarre argomento dall'uso della parola collazione che fa l'articolo; sappiamo infatti che la legge applica genericamente questa espressione alla riduzione del pari che alla collazione propriamente detta: di che son prova gli art. 844 e 918 (773 e 834).

Ci pare dunque certo, che la legge intende liberare dalla collazione le donazioni colorate come quelle fatte per interposte persone, la quale dottrina è generalmente sanzionata dalla giurisprudenza (1).

(1) Toullier (IV-473 e 474); Merlin (*Quest.*, *Donat.*); Malpel (n. 266); Vazeille (art. 843 (762), numero 5); Cassazione, 22 ottobre 1810; Colmar, 1° dic. 1813, Riom, 20 nov. 1818; Nimes, 15 marzo 1819; Grenoble, 14 gennaro 1824; Lione, 22 giugno 1825; Tolosa, 7 luglio 1829; Bordeaux, 20 luglio 1829; Agen, 4 marzo 1830; Grenoble, 8 dicembre 1835; Limoges, 30 dicembre 1837; Bordeaux, 27 aprile 1839; Tolosa, 9 marzo 1840.

Duranton al n. 326 del suo tomo 7° pubblicato

IV. — 333. Ammettere come facciamo noi con la maggior parte delle Corti di appello, che le liberalità mentite sotto la forma di un contratto oneroso sieno virtualmente dispensate dalla collazione, o per lo meno come fa la Corte suprema, e sottratte alla necessità di una espressa dispensa, vale riconoscere la validità di siffatte liberalità.

Or può ella ammettersi tal validità? Quando si sono in tal modo trascurate le forme della donazione e del testamento, l'atto può aver mai valore, o piuttosto non dovrebbe del tutto annullarsi, vuoi come donazione per mancanza di forme (art. 893 (813)) vuoi come vendita, locazione, ec. per mancanza di prezzo (articolo 1582, 1709 (1427 M, 1555)? La giurisprudenza, da gran tempo ondeggiante in questa grave quistione, è oramai fermata in un senso che sembra il vero pensiero della legge, malgrado le censure che si son fatte.

Essendo certo che un preteso atto oneroso altro non sia che una donazione, gli è evidente che non può dichiararsi valido come atto oneroso, ma ciò non toglie che non resti come liberalità. Si opporrebbero invano gli art. 893, 931 (813, 855) dichiaranti che « non si può disporre a ti- » tolo gratuito, se non con una donazione » fra vivi o per testamento nelle forme sta- » bilite dalle leggi » e che « tutti gli atti di » donazioni fra vivi saranno stipulati avanti » notaro colla forma speciale indicata dal » Codice ». Questi articoli che per verità non possono prendersi alla lettera, significano, *non* già che qualunque liberalità fosse nulla *se non sia* fatta con un atto di donazione, o un testamento, ma soltanto che la liberalità fatta con un atto speciale di donazione, o per un testamento, fosse nulla se l'atto testamentario o di donazione non sia in buona forma. Per modo di esempio, dando io 50 franchi ad un infelice che mi chiede soccorso, questa liberalità di certo è pienamente valida, sebbene io non abbia adoperato nè la forma delle donazioni nè quella dei testamenti; lacerando il titolo del credito contro di voi per rimettervi gratuitamente il vostro debito, certamente sarà valida tale liberalità fatta senza alcuna forma; non può dunque prendersi alla lettera la regola di non potersi disporre dei propri beni a titolo gratuito se non colla forma delle donazioni o dei testamenti (art. 893 (813). — Nè si dica, come fa Duranton (VIII, 401 e Duvergier, loc. cit.), che le forme speciali, non del tutto necessarie per tutte le donazioni, lo sono, secondo lo articolo 931 (855), per qualunque donazione *fatta con atto*, in guisa che non facendosi alcun atto della liberalità, potrebbesi farla validamente, mentre dal momento che si farebbe un atto dovrebbe necessariamente scegliersi la forma della donazione, pena la nullità. Tale idea sarebbe contraddetta dallo stesso Codice: l'art. 918 (934), siccome abbiamo già osservato, dichiara valida ed anche dispensata dalla collazione, una liberalità sotto la forma di una vendita a fondo perduto, o con riserba di usufrutto; similmente l'art. 1973 (1845) dichiara, che io posso costituire una rendita in prò di un terzo, somministrando io stesso il prezzo senza le forme delle donazioni, quantunque sia quella una liberalità. Una donazione, anche fatta

nel 1828 pretende che alcune decisioni profferite a quell'epoca intorno alla quistione, e che egli aveva consultati accuratamente; un solo, quello di Lione l'aveva giudicato nel nostro senso. Inesattezza strana quanto facile a chiarirsi; le cinque decisioni del 1810, 1813, 1818, 1819, 1824 che si possono leggere alle loro date nelle raccolte, e la prima delle quali annulla una decisione contraria della Corte di Rouen, giudicano positivamente, che le donazioni mentite non possono censurarsi che per attacco alla riserva legale. Quanto ad una decisione di Amiens del 10 gennaro 1821 che Duranton invoca come quella che ammette ipoteticamente la idea contraria di cui si tratta, è sempre quella delle donazioni mentite che eccedono, dice la decisione, *la porzione disponibile già esaurita*.

La Corte di cassazione del resto con tre recenti decisioni ha adottato una opinione mezzana che lascia la maggiore latitudine alle Corti di appello. Essa decide che la finzione della donazione non vale precisamente dispensa della collazione, ma fa sparire la necessità di una espressa dichiarazione, cotalchè conoscere se il disponente abbia inteso dispensare, non sarebbe che una quistione di fatto lasciata alla valutazione dei tribunali (Rig., 3 agosto 1841, 20 marzo 1843 e 12 agosto 1844; Devilleneuve, 41, 1, 621; 43, 1, 141, 45, 1, 42.

con atto, può dunque essere valida senza lo adempimento delle forme speciali, e per conseguenza gli atti pei quali l'art. 931 (855) esige speciali forme, sono quelli unicamente che mirano a provare una donazione.

E in vero essendosi dichiarato di voler fare una donazione, e voluto stenderne un atto, questo certamente deve essere nelle forme prescritte dalla legge. Ma quando si è nascosta la liberalità sotto l'apparenza di un atto oneroso, quando, facendosi *in fondo* una donazione, si fa *nella forma* un atto oneroso, perchè non bastano, *quanto alla forma*, le regole relative a quest'atto oneroso, e *quanto al fondo*, quelle relative alle donazioni? Così va da se, che la liberalità sia da ridursi se ecceda la porzione disponibile, che sia nulla se fatta ad una persona incapace di riceverla; ma perchè sarebbe essa nulla per mancanza delle forme delle donazioni, dacchè quanto alla forma non si è fatta una donazione? E questo è il concetto degli articoli 918 e 1973 (834 e 1845), fermato da una giurisprudenza oramai costante (1).

V. — 334. Così, tutte le donazioni mascherate, come quelle ad interposte persone, contengono per la loro indole medesima una dispensa implicita di collazione; le liberalità che la legge vi lascia soggette sotto il nome di donazioni indirette, sono quelle soltanto, che fatte altrimenti che con un atto solenne di donazione, si presentano manifestamente con la loro indole di liberalità. Per esempio, il defunto avea comprato un fondo di commercio al suo erede, ovvero pagato i suoi debiti (per semplice dono, in ambi i casi) ovvero ancora gratuitamente rimesso un credito.

In queste tre circostanze (due delle quali son per lo appunto argomento del nostro articolo) e in tutte le altre simiglianti, il disponente, non avendo mentito la sua liberalità, ha dovuto pensare che sarebbe conosciuta, e non avendola formalmente dispensato dalla collazione, ha voluto lasciarvela soggetta.

Se non che, per darsi luogo ad una collazione propriamente detta, delle somme impiegate per lo stabilimento di un erede o il pagamento dei suoi debiti, fa mestieri che tali somme gli sieno state date a puro dono; perchè, se il defunto intendeva fargli un prestito, l'erede non dovrebbe conferire una liberalità, ma pagare un debito. Sarebbe grande la differenza fra i due casi; perchè l'erede potrebbe dispensarsi da una collazione col rinunziare alla eredità, mentre sarebbe obbligato di pagare il debito sia rinunziando che accettando (art. 829 (748), n. I e II). Dai termini dell'atto, e in mancanza da tutte insieme le circostanze, si deciderebbe, se il defunto avesse inteso fare una donazione o un prestito.

852 (771). — Non si devono conferire le spese di alimenti, di mantenimento, di educazione, d'istruzione, le spese ordinarie di abbigliamento, quelle per nozze e regali d'uso.

SOMMARIO

I. Principio della regola posta da questo articolo. — Senso di questa regola.

(1) Le decisioni profferite in questo senso sono moltissime, ma basti solo notare quelle della Corte di cassazione. — 22 vendemmiaio e 3 germinale anno X; 13 vendemmiaio e 16 piovoso anno XI; 7 frimaio anno XIII; 15 brumaio anno XIV; 31 ottobre 1809; 12 agosto e 19 novembre 1810; 15 giugno e 20 ottobre 1812; 31 maggio e 21 luglio 1813, 5 gennaro, 1 giugno, 6 giugno e 26 luglio 1814 e 4 novembre 1816, 13 agosto 1817; 6 maggio 1818; 20 novembre 1826; 23 aprile e 13 novembre 1827; 13 agosto 1828; 3 giugno 1829; 25 febbraro 1836; 3 agosto 1841, 20 marzo 1843; 12 agosto 1844, 10 aprile 1848; 26 luglio 1848, 6 febbraro 1849 (Devilleneuve, 49, 1, 250 e 257). — Sino al 1809 la Corte ondeggiava intorno alla quistione. La Camera delle richieste stava per la nullità, mentre la camera civile ammetteva sempre la validità. Ma questa dissidenza è cessata con la decisione del 31 ottobre 1809, in guisachè da più di 40 anni han sempre professato la validità delle donazioni mentite.

II. Modificazione che le circostanze potrebbero recarle. *III. Spese di laurea.—Cambio militare.*

I. —335. Allorquando il legislatore, onde mantenere una giusta eguaglianza fra i varî eredi di una persona, li obbliga a conferire alla sua eredità tutto ciò che han da lei ricevuto, non ha voluto ricercare e riscontrare le piccole ed irrilevanti liberalità rese necessarie dalla benevolenza, e alle volte anche dalla semplice convenienza, e che non si reputano mai scemar il patrimonio di chi li fa. Gli alimenti e il mantenimento dato da una persona ricca ad un erede presuntivo; le piccole somme pagate per qualche anno a fin di dargli una conveniente educazione, o assicurargli lo insegnamento di un mestiere; i semplici regali per corredo militare o per cagion di matrimonio; tutti questi doni soliti farsi nelle strenne, nelle feste di famiglia, e in cento altre circostanze, in cui i sociali rapporti ne fanno un bisogno di convenienza; tutte queste liberalità, ove ben si considerino, non scemano il patrimonio perchè si tolgono dalle rendite che si sarebbero altrimenti spese. Colui che le ha fatto, compensa queste e quelle privandosi di un viaggio di diletto, della tal cosa di lusso, questa o quell' altra col minor spendio nella sua casa, *lautius vixisset;* cotalchè quand' anche ei non avesse fatto tali liberalità, la massa dei beni da dividersi al tempo della morte non offrirebbe cento franchi di più. Interesse della legge è di assicurare la uguaglianza dei condividenti per il capitale, quindi questi vari beni dovevano essere dispensati dalla collazione per la medesima loro natura. Questa in effetto è la regola indicata dal nostro articolo.

La legge dispensa prima le spese di alimenti e di mantenimento, senza distinguere per chi e in quali occasioni sieno stati fatti. Così, i parenti collaterali come i discendenti o gli ascendenti non li conferirebbero, quantunque non ci è obbligo di alimentare quelli al pari di questi. Similmente, nemmeno si conferirebbero gli alimenti dati ad un figlio, in seguito di promessa nel contratto di matrimonio, come nè anco quelli datigli, essendo celibe. Il contrario è deciso da Duranton (VII 375), il quale s'appoggia su questo passo di Denizart: « Le spese degli sponsalizi, delle nozze e feste, i doni fatti sono soggetti a collazione; ma gli alimenti promessi in un contratto di matrimonio, o prestati senza promessa dopo il matrimonio, debbono essere conferiti, facendo parte dello stabilimento, mentre le altre si riferiscono alla educazione (Vedi collazione) » Ma questa antica regola di Denizart è rigettata per lo appunto dal nostro articolo che mette insieme le spese di alimenti e di mantenimento, e quelle di educazione (1).

II.—336. Se sotto la forma e il nome di modiche liberalità di cui discorre il nostro articolo, il defunto avesse procurato al suo erede notevoli vantaggi, se ne potrebbe secondo i casi richiedere la collazione. Per modo di esempio, se in cambio di dar solamente ad un giovane quei libri di cui abbisogna per compiere gli studi di dritto, gli si fosse comprata una biblioteca di cinque o sei mila franchi; se per cagione di un corredo militare si fossero fatte grandi spese, in guisacchè vi si potrebbe vedere uno stabilimento; se gli oggetti che si vogliono far passare come semplici doni costituissero la parte considerevole di un corredo, di certo la collazione potrebbe alle volte essere ordinata. La decisione del resto dipenderebbe da tutte insieme le circostanze, fra cui sarebbe principale certamente il maggiore o minor patrimonio del disponente: onde, il dono di una biblioteca di 5,000 franchi potrebbe

(1) *Conf.* Grenier *(Donaz.*, II, 541). Del resto è evidente che se gli alimenti e il mantenimento fossero stati prestati al successibile per un prezzo da lui promesso e non pagato, non si parlerebbe più di dispensa di collazione. L' atto non sarebbe più una liberalità, ma una convenzione a titolo oneroso che renderebbe debitore l' erede, per guisachè egli sarebbe tenuto a pagare, rinunziando anche alla successione.

riguardarsi come un semplice regalo non conferibile, quando fosse fatto da chi aveva la rendita di centinaja di migliaia di franchi; mentre potrebbesi ordinare la collazione per quella di 2,000 franchi data da una persona di scarse facoltà. — Onde riportare la decisione dei diversi casi ad una norma generale, noi crediamo esservi dispensa di collazione, riconoscendosi che il dono sia stato veramente fatto colle rendite, e che la somma impiegata, non facendosi il dono, non sarebbe stata messa a capitale. A giustificare questo punto di fatto, i giudici dovranno valutare le circostanze di ciascuno affare.

III. — 337. Gli è manifesto che bisognerebbe, almeno in principio, classificare nelle semplici spese di educazione quelle per ottenere la laurea, come quelle di baccelleria e di licenza; e i gradi presi nelle facoltà mediche e legali. E di fatto, quanto alla laurea, non può certo riguardarsi oggi come uno stabilimento; e quanto ai gradi che dan l'attitudine legale ad esercitare la medicina, essi non assicurano la professione di medico, come nè i gradi del diritto quella di avvocato, come pure l' insegnamento di un mestiere non assicura l'esercizio effettivo di esso; ma il nostro articolo dichiara positivamente che non ci è obbligo di conferire le spese d' insegnamento. La opinione di Delvincourt (tom. II) il quale voleva che si conferissero le spese dei gradi di medicina, è stata con ragione rigettata da tutti gli scrittori.—Queste diverse spese, come tutte quelle di cui parla il presente articolo, dovrebbero essere conferite, non essendo state proporzionate al patrimonio del defunto, il quale avrebbe per esse scemato i suoi capitali; bisognerà pure, secondo noi, che tali spese avessero veramente vantaggiato il figlio, e datogli uno stabilimento con procurargli uno stato.

Quanto al danaro con cui si è riscattato un giovane dal servizio militare, gli è certo che devesi conferire, tranne che per la considerevole ricchezza del defunto, debbasi riguardare come un modico regalo, o che il sacrificio di un padre di famiglia senza patrimonio fosse stato fatto per tutta la famiglia cui era utile il giovane coi suoi travagli.

853 (772). — Lo stesso ha luogo riguardo agli utili che l' erede ha potuto conseguire da convenzioni fatte col defunto, purchè queste non contenessero nel punto che vennero fatte, alcun indiretto vantaggio.

854 (773). — Non è pure dovuta collazione alcuna in conseguenza delle società contratte senza frode tra il defunto ed uno de' suoi eredi, quando le condizioni siano state regolate con un atto autentico.

338. La collazione non è dovuta che per le liberalità. Or quando gli atti di società o qualunque altra convenzione fatta da una persona con un suo erede presuntivo, non contengono alcun dono presente in di costui vantaggio; quando la persona ha trattato con lo erede del pari che con qualunque altro, di certo la convenzione, quantunque poi abbia procurato dei beneficii all' erede, non costituisce una liberalità. Non è dunque allora dovuta collazione, secondo vien dichiarato dai nostri due articoli, il secondo dei quali applica alla società un principio generale, fermato dal primo.

Il secondo articolo esige che la società, onde non fondi una domanda di collazione, sia fatta senza frode e comprovata da un atto autentico.

Abbiamo veduto sotto l'art. 851 (770) che la legge confonde qui come in altri luoghi molti articoli; la collazione propriamente detta con la riduzione, e che devonsi intendere per società fatte in frode, quelle sole che acquisterebbero all'erede un vantaggio che tocchi la legittima; per queste si darebbe luogo alla collazione propriamente detta, ossia alla riduzione. Si dovrebbe allora ridurre la liberalità nei limiti della porzione disponibile senza tutta annullarla; dacchè noi abbiamo stabilito sotto l'art. 851 (770) che le liberalità colorate sotto la forma di un titolo oneroso non sono nulle, ma solamente riducibili.

339. Quanto all' atto autentico che la

legge desidera, perchè la convenzione della società non si reputi una donazione mentita, riducibile perciò alla porzione disponibile, non crediamo potersi esigere assolutamente senza eccezione, e che questa regola del nostro articolo debba prendersi alla lettera. — È evidente dapprima, che la legge ha chiesto un atto autentico, onde garentire i coeredi contro la frode dei contraenti, assicurando a quelli la conoscenza delle condizioni della associazione. Quando dunque l'atto di società, non avente i caratteri dell'atto autentico propriamente detto, sarà disteso nelle forme speciali indicate dalla legge per simiglianti atti, come se la società in nome collettivo o in commandita fosse stata fatta con una scrittura privata, e l'estratto di questo atto che indica specialmente i valori somministrati o da somministrare, fosse stato scritto ed affissato nei tribunali di commercio (C. com. art. 42 43 (44 45)), noi crediamo sufficiente questo atto, onde escludere qualunque prescrizione di frode (1).

Che se le condizioni dell'associazione non sono state regolate da un atto reso pubblico, non ne seguirà inevitabilmente che la convenzione non nasconda una liberalità. Per ammettere così una presunzione che escluda la prova contraria, bisognerebbe che fosse positivamente scritta nella legge come lo è nell'art. 918 (834); ora il nostro articolo non dichiara positivamente che qualunque associazione non provata con atto autentico, sarà invincibilmente riputata fraudolente. Così tutto quello che si può indurre *a contrario* dalla regola del nostro articolo si è, che in questo caso i giudici valutando tutte insieme le circostanze, dovranno ammettere più facilmente la frode, e che spetterebbe all'erede socio stabilire che si è veramente inteso fare sul serio e di buona fede un atto oneroso.

855 (774). — L'immobile che è perito per caso fortuito e senza colpa del donatario, non è soggetto a collazione.

SOMMARIO

I. Non si conferisce lo immobile distrutto per caso fortuito, tranne che vi sia stata colpa dell'erede. A chi spetta la pruova del caso fortuito o della colpa. — Perchè l'articolo non si applica ai mobili.

II. Quid se l'immobile che perisce per caso fortuito fosse alienato dall'erede?

I. — 340. La collazione che mira a garentire la uguaglianza frai coeredi, assicurando loro di ottenere quello che avrebbero avuto se la liberalità non avesse avuto luogo, non si poteva dunque esigere per lo *immobile* che perisce in mano dell'*erede donatario* per caso fortuito non *imputabile* all'erede. Se al contrario la perdita per caso fortuito fosse da imputarsi all'erede, se un terreno fosse stato strappato dalla forza di un fiume per mancanza di diga, se un colpo di vento abbia atterrato la casa perchè non si ebbe cura di ripararla, il donatario di certo resterà soggetto alla collazione, perchè non si può più dire che la cosa fosse egualmente perita nelle mani del defunto.

Quando l'erede a cui domandasi la collazione dell'immobile perito, pretenda essere stato distrutto dal caso fortuito, a lui spetta la prova dell'avvenimento allegato; e se i coeredi a loro volta pretendano, che il caso fortuito sia stato provocato per colpa del donatario, debbono essi reciprocamente provare questa colpa: *incumbit probatio e qui dicit, non ei qui negat* (vedi articolo 1315 (1269)).

Quando sono stati donati mobili, non si applica il nostro articolo, e la perdita di essi avvenuta per caso meramente fortuito

(1). *Conf.* Duranton (VII, 340) Vazeille (n. 3).

non impedirebbe che il donatario ne conferisse il prezzo. Difatti l' erede a cui sono stati donati dei mobili vi è divenuto sull' istante irrevocabile proprietario colla condizione di conferirne poi il valore, la qual cosa risulta dall' art. 868 (787) il quale vuole che la collazione non si faccia mai in ispecie, ma in denaro secondo il valore degli oggetti al tempo della donazione.

II. — 341. La regola dell' articolo nostro si applicherebbe ugualmente, se l'immobile fosse perito per caso fortuito, non presso l'erede donatario, ma presso lo acquirente in favore di cui l' erede l' avrebbe alienato? Toullier (IV, 448) Delvincourt (II); Duranton (VII. 392) e Malpel (271) rispondono di sì, allegando per ragione, che l' immobile così perito senza colpa nè dell' erede nè del suo acquirente, che avrebbe dovuto ugualmente perire presso il defunto, non sarebbesi avuto nella eredità, per conseguenza non si è fatta alcuna perdita. Vazeille (n. 5) vuole al contrario che l' erede il quale aliena a titolo oneroso conferisca il prezzo ritrattone, stante che questo gli proviene indirettamente dal defunto, e che egli lo ha ricevuto per l' immobile soggetto alla collazione: fa d' altra parte osservare che il defunto avrebbe potuto pur vendere, o lasciare il prezzo nella successione. Noi crediamo che, poste da parte queste considerazioni di fatto, si trovi nei principî adottati dal Codice una facile soluzione alla proposta quistione.

Il donatario è tenuto alla collazione quando diviene erede dal defunto; e noi vedemmo la qualità di erede acquistarsi fin dall' apertura della successione (art. 724, 777 (645, 694)); dunque il debito della collazione si verifica al tempo dell' apertura. Ora la legge negli art. 859 e 870 (778 e 791) dà a questo debito un diverso oggetto, secondo che l'immobile in quel tempo si trovi ancora presso l'erede, o sia stato da lui alienato: nel primo caso, egli deve l'immobile medesimo; se al contrario l' immobile non è più nel suo patrimonio, egli è tenuto semplicemente al valore dell'immobile al tempo dell'apertura. Da che deriva che a risolvere la proposta quistione fa uopo distinguere, se l'alienazione o la perdita dell' immobile sieno avvenute prima o dopo l'apertura della successione.

Quando l'immobile è stato alienato prima dell'apertura, ma non era ancora perito al tempo di essa, l'erede da quel punto è divenuto debitore del valore della cosa in quel tempo, e il suo debito di una somma di denaro dovrà esser sempre soddisfatto, non ostante la perdita posteriore dell'immobile; se al contrario l'immobile alienato innanti l' apertura, fosse anche prima di quel tempo perito, non dovendo allora l'erede secondo l'art. 860 (779) che il valore dell'immobile al tempo dell'apertura, egli senza dubbio non sarebbe tenuto ad alcuna collazione. Se ora la cosa esistesse ancora presso l'erede al tempo dell'apertura, e non si fosse alienata che più tardi, l'erede è divenuto debitore dello stesso immobile e per la distruzione di esso si è estinta la sua obbligazione, perchè qualunque debitore di una cosa determinata è liberato per la perdita di essa senza sua colpa avvenuta (articolo 1302 (1256)). Così, il solo caso in cui la distruzione fortuita presso il terzo acquirente lascerà sussistere l'obbligo della collazione, è quello in cui l'immobile fosse stato alienato innanti la apertura della successione e fosse dopo perito.

856 (775). — I frutti o gl'interessi delle cose soggette alla collazione non sono dovuti che dal giorno in cui si è aperta la successione.

SOMMARIO

I. Non si conferiscono i frutti della cosa data. Perchè?

II. La regola si applica all'usufrutto, o ad una rendita anche vitalizia. Censura di una idea di Duranton.

III. Il donatario ha dritto di domandare i

frutti civili acquistati prima della apertura della successione, sebbene non per anco pagati.

I. — **342.** Abbiamo già osservato, sotto l'art. 852 (771), che i doni di semplici rendite, e che non toccano il capitale non vanno soggetti a collazione: la legge pensa che il defunto avrebbe altrimenti speso, vivendo con minore economia, i prodotti periodici di cui è stato largo verso il suo successibile, *lautius vixisset*, e che per conseguenza la liberalità non ha scemato la massa dei beni che egli lascia morendo. Questo principio traeva a forza la regola del nostro articolo: quando il defunto ha dato un podere, una casa o altro, l'erede conferirà queste cose, ma non già i frutti ritrattine: difatti esse sono un capitale per la cui mancanza scemerebbe il patrimonio, ma i loro frutti al contrario sono rendite che il defunto probabilmente avrebbe altramenti speso.

II. — **343.** Ma sarebbe lo stesso, e l'erede donatario sarebbe ancora dispensato di conferire le rendite, se il dono fosse di un usufrutto o di una rendita vitalizia? Sì evidentemente; perchè non c'è alcuna ragione legale di differenza.

Quando mio padre mi dà l'usufrutto di quel podere che gli appartiene, o una rendita vitalizia di 1,200 franchi annuali, l'oggetto diretto del dono non sono i frutti del podere nè i 1,200 franchi di rendita; questi frutti e questi interessi sono solamente i prodotti della cosa data, la quale è il principio produttore, è il diritto medesimo di usufrutto o di rendita: noi abbiam visto il Codice consacrare con energia questa idea negli articoli 588 e 610 (513 e 535).

Invano dunque direbbesi, come il signor Duranton (VII, 373, § 9), che « il defunto dando in tal guisa il godimento del suo patrimonio, non abbia dato che una successione di frutti, e che questi sieno l'unico oggetto della sua liberalità; che se i prodotti non si dovessero conferire, il donatario ricaverebbe dalla donazione lo stesso vantaggio che nel dono della intera proprietà... » — Sarebbe questo un grave errore. La cosa donata, il dritto di godere, il dritto di usufrutto del podere, e i frutti sono i prodotti di questa cosa: la cosa data è il *jus in re utendi-fruendi*, immobile incorporale, mentre i frutti raccolti sono beni mobili. E non si dica, che la donazione dell'usufrutto sarebbe assimilata perciò alla donazione della stessa proprietà; perchè, se l'erede rinunciasse alla successione per non conferire l'oggetto della liberalità, egli non conserverebbe, nella nostra specie, che l'usufrutto del podere, mentre avrebbe, nell'altro caso, il podere medesimo: accettando, egli conferisce alla successione il dritto dell'usufrutto, conservandone i frutti; come, nell'altro caso, conferirebbe (conservandone sempre i frutti) la stessa proprietà. Gli è pur certo che conferendo così l'usufrutto medesimo che gli era stato donato, conserva tanti frutti come se avesse avuto in donazione lo stesso immobile che oggi conferirebbe; ma questo è molto semplice, e bisogna che avvenga così, perchè, finchè dura un usufrutto, i prodotti che esso dà sono precisamente quelli della proprietà medesima.

Del resto, il sig. Duranton finisce col tornare alla nostra dottrina, abbracciata da tutti gli autori, perchè egli dice in ultimo, numero 374, che l'erede non dovrà il conferimento che in quanto i frutti, le rendite gli sarebbero state veramente donate, *principaliter*, e come cosa diretta della liberalità; che bisognerà attenersi alla volontà del defunto, riconoscendola da tutte insieme le circostanze... E di fatti, se mio padre, per cagion di esempio, per ajutarmi in una impresa commerciale, mi ha assegnato per tre anni la rendita di un podere dato in fitto per 5,000 fr. all'anno, è molto chiaro che io ho ricevuto 15,000 franchi, che dovrò mettere in collazione. Ma è ben da notarsi che in simile caso, la cosa donata è veramente ed unicamente un capitale di 15,000 franchi, come se mio padre si fosse direttamente obbligato a pagarmi

15,000 franchi in tre rate di anno in anno; gli è vero che quanto io ho ricevuto è la rendita, questa però mi si è donata come capitale, e non come rendita.

Così noi fermi restiamo sempre in tal principio fondamentale che deve dominare ogni idea, e che il sig. Duranton ci sembra di avere mal compreso: che non si deve mai la collazione dei frutti, rendite, interessi, ec.; ma soltanto dei capitali donati.

III. — 344. Poichè l' erede non deve porre in collazione i frutti, le rendite, gl'interessi, ec.; della cosa a lui donata, e che questi frutti gli appartengano diffinitivamente, egli avrebbe dunque il diritto di farsi rilasciare quelli che già decorsi pria della successione, e da lui sin d' allora acquistati, non gli fossero stati ancora pagati.

Ben si sà che tutti i frutti civili si acquistano giorno per giorno (art. 584 586 (509 511)). Allorquando dunque l'erede donatario di una rendita, o di un capitale impiegato, o dell' usufrutto di un fondo urbano o di un fondo rustico, non avrà ricevuto interamente gl' interessi o gli affitti decorsi alla morte del donatore, a lui si appartengono e non già alla successione; e se i frutti civili di cui trattasi, gl' interessi di una rendita, gli erano stati, per cagion d'esempio, pagati dal defunto, ei potrà domandarli contro la stessa successione, come rispetto ad ogni altro debitore. Una decisione di Parigi, che aveva negato questo dritto nel caso in cui la rendita doveasi pagare dal defunto, è stata annullata il 31 marzo 1818, e Merlin, sostenuto il sistema contrario nella prima edizione del suo repertorio, ha poi seguito la dottrina da noi qui esposta e che trovasi generalmente adottata.

§ 4. — *A chi sia dovuta la collazione.*

857 (776).* — La collazione non è dovuta che dal coerede al suo coerede; non è dovuta a favore dei legatarî, nè dei creditori ereditarî.

SOMMARIO

I. Perchè il dritto di chiedere la collazione o di trarne vantaggio non appartiene nè ai creditori della eredità, nè ai legatarj.
II. Ma se non appartiene ai creditori dell' eredità, appartiene a quelli dell' erede, e i primi lo divengono quando vi ha accettazione pura e semplice.
III. I legatari possono trarre argomento dalla collazione a farsi, onde stabilir il calcolo delle due quote, l' una disponibile, l' altra di riserba.
IV. Ma questi legatari, anche universali, non possono mai domandare la collazione. Errore di Grenier.

I. — 345. L' obbligo della collazione è unicamente stabilito per gli eredi e nel solo fine di mantenere fra loro la uguaglianza: riguardo a tutti gli altri i beni donati ad un erede, considerandosi come donati ad uno estraneo, sono e restano fuori del patrimonio del defunto. I creditori e i legatarî del defunto hanno dritto solo sopra i beni di lui; ora i beni donati ad uno erede non sono più del defunto; rientrando essi nella successione, non vi rientrano che *riguardo agli eredi*, quindi i creditori della successione, del pari che i legatari, non possono chiedere la collazione nè profittarne quando essa è fatta.

II. — 346. Se non che, se i creditori del defunto non possono domandare la collazione, va altrimenti la bisogna pei creditori personali di ciascuno erede.

Il dritto che ha ogni erede di domandare la collazione ai suoi coeredi, è uno dei beni costituenti il patrimonio di lui;

* Nell'art. 776 delle leggi civili si è aggiunto: « salvo ciò che si dirà intorno alla imputazione » negli art. 789 e 790 ».

or tutti i beni di un debitore, secondo l'articolo 2093 (1963), sono la garenzia dei suoi creditori. Di più l' art. 1166 (1119) che fa una applicazione ben naturale di questo principio, consente espressamente ai creditori di esercitare i dritti del loro debitore per soddisfare i loro crediti. Adunque i creditori dell' erede potrebbero esigere la collazione in nome del loro debitore, siccome potrebbero, fatta la collazione, pagarsi sopra la cosa che ne sarebbe provenuta.

Appartenendo a tutti i creditori personali dello erede il dritto di giovarsi della collazione fatta, ed anche di farla fare in nome dell'erede, ne deriva che esso apparterrà altresì ai creditori ereditarî quando l'erede avrà accettato puramente e semplicemente. Difatti, l' accettazione pura e semplice fa che l'erede continui la persona del defunto; confonde i due patrimoni del defunto e del vivente che gli sottentra, e rende personali dell'erede tutti i debiti del suo autore proporzionalmente alla parte ereditaria di ciascun successibile. Adunque i creditori ereditarî non potranno domandare la collazione per proprio dritto, nè farsi pagare sopra l' oggetto ottenuto per la collazione, sol quando l' erede avrà accettato col beneficio, e che essi non saran divenuti suoi personali creditori.

III.—347. Quanto ai legatarî, essi non hanno alcun dritto alla collazione nè possono mai farla fare, nè pretendere alcuna parte dei beni provenienti dall' effettuita collazione. Ma non bisognerebbe trarre da questo principio una conseguenza esagerata, e intendere troppo assolutamente la *regola*, che per tutti coloro che non sono eredi, i beni donati ad alcuno di questi e da lui conferibili si considerano come donati ad uno estraneo.

In vero i beni donati ad uno estraneo si imputano di necessità sulla porzione disponibile che vien per essi sminuita, di guisa che i legati non possono eseguirsi per intero, se non quando il loro valore riunito a quello dei beni donati in tal modo agli estranei, non superi la porzione disponibile. Sarebbe lo stesso dei beni donati ad uno erede con dispensa di collazione. Al contrario, quando i beni sono stati donati ad uno erede per uno anticipato assegnamento, e per essere conferiti alla successione, essi non sono stati dal defunto tolti dalla sua porzione disponibile ma dalla legittima; e se tali beni riuniti a quelli di cui non ha disposto il defunto, formano una sufficiente legittima, non occorrerà domandare la riduzione dei legati.

Per modo di esempio, un padre con due figli e un patrimonio di 100,000 franchi ha fatto ad uno dei figli una donazione di 20,000 franchi senza dispensa di collazione; di poi muore lasciando ad estranei quattro legati di 8,000 franchi per ognuno. Se i 20,000 franchi donati al figlio dovessero imputarsi sulla porzione disponibile (che qui è del terzo del patrimonio, ossia 33,333 franchi, secondo l'art. 913 (829)), il padre nel suo testamento non avrebbe potuto disporre validamente, se non che di 13,333 franchi, per modo che dovrebbero di molto ridursi i quattro legati ammontanti a 32,000 franchi. Ma ciò non avrà effetto. I legatarî diranno con ragione, che il defunto donando 20,000 franchi al figlio con dispensa di collazione, e quindi per solo anticipato assegnamento di eredità, ha voluto conservare ed ha difatti conservato tutta la porzione disponibile; e che essendo questa di 33,333 franchi, i legati che ascendono a 32,000 franchi devono essere per intero eseguiti. Vana obbiezione sarebbe, che il nostro articolo nega ad essi il dritto di chiedere la collazione o di trarne vantaggio. Imperocchè essi non domandano che loro si attribuiscano i beni soggetti a collazione, e nemmeno che ne sia fatta la collazione; essi non vogliono che i loro legati, e si restringono *a fare osservare* all' erede che si duole di non aver legittima, che questa realmente esiste, e che tocca a lui procurarsela domandando la collazione. Di più l'art. 922 (839) che regola il modo onde dee farsi il calcolo dei beni riserbati e di quelli disponibili, esige, senza aver riguardo a circostanze, che tutti i beni donati sieno fittiziamente riuniti a quelli che esistono an-

cora nella successione (1).

IV. — 348. I legatari non potranno giammai domandar la collazione, fosse anche un legatario universale in concorrenza di altri legatari universali, essendo la collazione stabilita fra i soli eredi. L'erede succede chiamato dalla legge, la quale può ben sottoporlo a quelle condizioni che crede meglio convenienti; essa ha il dritto di esigere che fra i condividenti da essa chiamati vi sia una eguaglianza assoluta o proporzionale secondo i casi. Ma non occorrono più le regole della chiamata legale, quando l'uomo sostituisce col testamento la sua volontà privata al sistema della legge.

Grenier intanto (Donaz., II, 496) insegna, che vi sarebbe collazione fra i legatari universali, se questi fossero precisamente parenti che sarebbero succeduti *ab intestato*, e fossero istituiti per quelle parti appunto che avrebbero ricevuto *ab intestato*. Questo è errore. Difatti il sostituire la chiamata dell'uomo a quella della legge, fa venir meno le regole di quest'ultima, forzatamente, inevitabilmente, tanto se i legatari sono più prossimi parenti, quanto se estranei: essi succedono ai beni non come più prossimi parenti, ed eredi legittimi, ma unicamente come legatari (2).

§ 5. — *Come si effettui la collazione.*

858 (777). — La collazione si fa o col presentare la cosa in natura o coll'imputare il valore della porzione dovuta.

859 (778). — La collazione può esigersi in natura riguardo agl'immobili, ogni qualvolta l'immobile donato non sia stato alienato dal donatario, e non si ritrovino nell'eredità degl'immobili della stessa natura, valore e bontà, co' quali si possano formare delle porzioni, pressochè eguali a favore degli altri coeredi.

860 (779). — La collazione ha luogo per imputazione, quando il donatario ha alienato l'immobile prima dell'apertura della successione. Tale collazione si fa, avuto riguardo al valore dello immobile al tempo dell'aperta successione.

SOMMARIO

I. L'erede donatario conferisce, prendendo di meno, essendo semplice debitore di denaro; in ispecie, essendo debitore dell'immobile stesso.

II. Evvi pure un caso in cui sebbene conferisca col prendere di meno, pure è debitore dell'immobile. Conseguenza.

III. La alienazione fatta dall'erede donatario innanti l'apertura della successione, non potrebbe censurarsi dai suoi coeredi, quand'anche l'immobile superasse la sua quota ereditaria.

IV. Se l'immobile fosse uscito dal patrimonio dell'erede per una causa indipendente dalla sua volontà, sarebbe dovuta la collazione del prezzo ritrattone.

I. — 349. Abbiamo veduto, sotto l'articolo 855 (774) n. II, che il successibile donatario è tenuto alla collazione al momento in cui diviene erede del donante, cioè al momento dell'apertura della successione.

Se in quel punto egli ha venduto lo immobile, non puossi dichiarare debitore di un immobile che non ha, e il suo debito sarà semplicemente di una somma di danaro eguale al valore attuale di quello, che egli pagherà prendendo di meno nella successione: ciò dichiara l'art. 860 (779). Se all'incontro, l'immobile è an-

(1) La giurisprudenza, stata per lungo tempo discorde, pare alla fine fermata in questo senso — ved. cassazione 8 luglio 1826; 13 maggio 1828; 19 agosto 1829; 8 gennaro 1834; Parigi, 30 gennaro 1838.

(2) *Conf.* Guilhon *Donaz.* (III, 1163), Malpel (numero 264) Vazeille (n. 2).

cora presso di lui, egli che ne sarà debitore, dovrà conferirlo in ispecie quand'anche ne avesse consentito l'alienazione dopo l'apertura, e che sarebbe di necessità nulla: è questa la regola dell' art. 759 (778) secondo il quale l' immobile deve conferirsi in ispecie quante volte non è stato alienato innanti l' apertura della successione (1).

II.—350. V'è però un caso in cui sebbene l' immobile appartenga ancora al donatario al tempo dell' apertura, egli è nondimeno abilitato dall'art. 859 (778) di far la collazione col prendere di meno; ma non bisognerebbe perciò credere che egli fosse allora debitore di una somma di denaro, come nel caso di alienazione anteriore all' apertura. Esistendo l' immobile nel suo patrimonio, egli deve l' immobile stesso; e può essere dispensato di risegnarlo realmente nella massa divisibile, unicamente, come spiega lo stesso testo, quando e perchè vi saranno altri immobili simili, da assegnarsi in compenso agli altri eredi. E in fatti a che ritogliere allora l'immobile all' erede donatario? perchè la divisione glielo ridia immediatamente o ad ogni modo gliene ridia un somigliante? La regola ultima dell'articolo 859 (778) mira dunque unicamente ad evitare un inutile cerchio; ma non impedisce che il donatario non resti fino alla divisione debitore dell'immobile o di una somma di denaro. Egli è sempre debitore dell'immobile di cui non diverrà diffinitivamente proprietario, se non dopo la divisione che ne avrà dato di simili ai suoi coeredi, come se quest' immobile fosse stato compreso nella divisione, e fosse entrato nella sua porzione.

351. Quest' idea che ci sembra senza dubbio esser quella del Codice, trae pratiche conseguenze molto importanti. Così, mentre la perdita, posteriore all'apertura, dell'immobile, precedentemente alienato, non impedirebbe che l'erede fosse sempre tenuto del suo debito di denaro; qui, al contrario, l'erede restando debitore dello stesso immobile, sarebbe liberato, se quello fosse perito per caso fortuito innanti la divisione.—Così pure, mentre alienato l' immobile innanti l' apertura, l' erede deve conferire il valore che esso ha al tempo di quella (nel qual punto ha effetto il debito pecuniario); qui al contrario, restando sempre l'immobile il vero oggetto della collazione, bisognerebbe aver riguardo al valore di esso al punto della divisione, onde assegnare ai coeredi altri immobili di uguale valore.

III.—352. Il donatario che ha alienato lo immobile innanti l' apertura della succesione, essendo debitore, non dell' immobile, ma solo del suo valore, e la regola dell' art. 860 (779) essendo assoluta e senza eccezione, ne conseguita che i coeredi del donatario non potranno mai turbare lo acquirente, nè pretendere di ritogliere tutto o parte della cosa: essi non hanno più dritto sull'immobile. Così, quand' anche la cosa data all'erede, e da lui alienata, fosse più considerevole della propria quota ereditaria, ed egli fosse poi divenuto insolvente, la perdita ricadrebbe sui coeredi e non mai sullo acquirente dell' immobile. Per esempio, un padre con un patrimonio di 90,000 franchi, e tre figli, ha dato ad uno di loro un immobile, alienato da quest' ultimo innanti l' apertura della successione, e di cui il valore al punto dell' apertura è di 40,000 franchi; gli altri due figli se il lor fratello è insolvente, saranno costretti a prendersi i 50,000 franchi che ritrovano nella successione, di guisache ciascuno di loro perderà 5,000 franchi. I coeredi non potrebbero rivolgersi contro il terzo acquirente, se non quando la donazione che ha fatto l' erede proprietario, toccasse la loro riserba legale (articolo 930 (849)), il che non occorre nella specie (2).

Questa decisione non è alla fine così dura contro i coeredi, come sembra a prima giunta. Costoro in fatti non han dovuto mai fare assegnamento in pari caso

(1) Manifestamente queste parole *innanti l' apertura della successione* che mancano nell' art. 859 (778) vi sono sottintese e devono esservi aggiunte: il che ben si comprende dal ravvicinamento dell' art. 860 (779).

(1) Chabot (n. 5) Delvincourt, Toullier (IV, 495) Malpel (n. 278).

sul ritorno della cosa donata, poichè l'immobile essendo maggiore della quota ereditaria, la ragione imponeva all' erede donatario di rinunziare alla successione ritenendosi il dono. Questi eredi dovevano dunque aspettarsi di non riavere mai l'immobile nè il suo valore, quand' anche il donatario non l'avesse alienato, o fosse restato solvibile; allora non nocciono ai coeredi propriamente l' alienazione fatta dall' erede o la sua insolvibilità, ma piuttosto la donazione in quanto che eccede la parte del donatario. Ora una simigliante donazione non è men legale e valida in quanto non tocca la legittima.

IV.—353. L'art. 860 (779) soggettando lo erede che più non possiede l'immobile al tempo della apertura della successione, a conferirne il valore presente non parla che dell'erede che ha alienato, e non di colui a cui la cosa fosse stata tolta senza suo consenso (con una azione di rescissione, di ricompra, ec., o per effetto di espropriazione forzata). In questo caso la perdita dello immobile essendo conseguenza dei fatti del defunto o della forza delle cose, l'erede non dovrebbe conferire se non il prezzo ritrattone, e quindi nulla, se non gli fosse stato pagato.

Così, quando l' immobile è stato posto sotto espropriazione forzata, senza dubbio lo sarebbe stato ugualmente in potere del defunto, e gli eredi avrebbero trovato alla sua morte il ristoro che sarebbe stato pagato al defunto, e che lo è stato al donatario; questo dunque dovrà essere conferito dal donatario. Se questo immobile è stato tolto al donatario per lo esercizio della ricompra sotto la cui condizione il defunto lo aveva acquistato, parimente gli eredi avrebbero trovato nei beni del defunto, e il donatario dovrebbe loro conferire il prezzo restituito a quest'ultimo dallo antico venditore. Se infine la cosa fosse stata tolta al donatario senza alcun ristoro (p. e. per sopravvegnenza di figli a colui che lo aveva donato al defunto secondo l'articolo 960 (885)) senza dubbio il donatario non dovrebbe fare alcuna collazione ai suoi coeredi, poichè l'immobile è stato a lui ritolto come lo sarebbe stato al medesimo defunto, e per una causa non imputabile a lui. In questi varii casi l'immobile non è stato *alienato dal donatario ;* ora la regola del nostro art. 860 (779) è stata unicamente scritta per l'immobile alienato dal donatario.

354. Vedemmo negli art. 830 e 831 (748 - 749 e 750) che quando si conferisce con prender di meno, il compenso si stabilisce con le prededuzioni in vantaggio degli altri eredi ; dopo le quali procedesi alla divisione generale e al sorteggio delle varie parti.

861 (780).—In tutti i casi, devesi dare credito al donatario delle spese colle quali ha migliorata la cosa , avuto riflesso al maggiore valore di essa al tempo della divisione.

862 (781).—Devono egualmente computarsi a favore del donatario le spese necessarie che egli ha fatte per la conservazione della cosa, ancorchè non l' abbia migliorata.

863 (782).—Il donatario, dal suo canto, è tenuto per i guasti, e deterioramenti, che per suo fatto, colpa, e negligenza, abbiano diminuito il valore dell'immobile.

864 (783).—Nel caso in cui l' immobile sia stato alienato dal donatario, i miglioramenti o deterioramenti fatti dallo acquirente, devono essere computati in conformità dei tre articoli precedenti.

SOMMARIO

I. L'erede e la successione si devono reciproco conto delle spese e dei deterioramenti provenienti dallo erede o dai suoi acquirenti.—Tre classi di spese. Si tien conto delle due prime.

II. Come si fa il conto.—Cattiva compilazione dell'articolo 861 (780).

I. — 355. La collazione mirando a mettere la massa da dividersi, nello stato in cui sarebbe se la donazione non fosse, riesce molto chiaro che deve tener conto delle spese o dei miglioramenti, come pure dei danni o deterioramenti che hanno origine dal fatto dell'erede donatario, ovvero dai suoi compratori.

Si distinguono tre specie di spese: — Le spese *necessarie*, che consistono nei lavori di riparazioni per mancanza dei quali il podere crollerebbe ovvero verrebbe a deteriorare; — le spese *utili*, ovvero miglioramenti, che senza esser indispensabili alla conservazione della cosa, ciò non ostante ne aumentano il valore; — le spese *voluttuose*, che non servono se non che ad adornare ed abbellire il fondo senza però crescerne il valore.

Sulla successione il donatario ha diritto alle spese necessarie (art. 862 (781)) e alle spese utili (art. 861 (781)), sieno state fatte da lui stesso, ovvero dal di lui compratore (art. 864 (783)). In riguardo alle semplici spese di voluttà egli non può vantar alcun diritto. — Reciprocamente, qualunque danno o deterioramento sopravvenuto per la colpa, il fatto o la negligenza del donatario (art. 863 (782)) ovvero del suo compratore (art. 864 (783)) è dovuto senza alcuna eccezione.

In forza del principio, che nessuno debba arricchirsi a danno altrui, e per analogia dell'art. 599 (524) si decide con molta ragione che il donatario, autore delle sole spese di piacere, potrebbe richiamare a se tutti gli oggetti capaci di essere distaccati *sine detrimento rei*. Del resto, quando si afferma che questo donatario può farsi restituire tutte le spese necessarie, non vi si devono affatto comprendere quelle di semplice lusso; perchè ben si sà che esse sono a peso dei frutti, e poichè l'erede questi conserva sino all'apertura della successione egli deve sopportarne i pesi.

Riguardo ai miglioramenti o deteriorazioni che ripetono la loro causa puramente da avvenimenti fortuiti, è ben chiaro che non devono dar luogo ad alcuna responsabilità nè in favore nè contro l'erede.

II. — 356. Adesso facciamoci ad osservare, come si calcoli secondo la varietà dei casi, il ristoro dovuto dallo erede, ovvero a lui.

Quando la collazione si fa in natura, è ben chiaro che la successione abbracci da principio l'immobile nello stato in cui trovasi, e che per un prezzo pagato di poi alla successione dallo erede ovvero a questo da quella, si liberi il debito delle spese ovvero dei deterioramenti: se vi hanno spese e non deterioramenti, ovvero se la cifra delle spese sorpassi quella dei deterioramenti, la successione contrae un debito verso l'erede, il quale può allora ritener l'immobile fino a che vien soddisfatto del suo credito, a mente dell'art. 867 (786)); se vi sono deterioramenti senza alcuna spesa, ovvero se la cifra dei deterioramenti sorpassi quella delle spese, l'erede resta debitore verso la successione di una somma... in pari tempo che gli viene rilasciato l'immobile.

Quando la collazione si fa con prender di meno, tutto si compie con un semplice calcolo; si fa stimare il valore dell'immobile nello stato in cui trovasi, vi si aggiunge lo ammontare dei deterioramenti imputabili allo erede, si deduce la somma delle spese che possono essergli dovute, e la somma residua è quella che l'erede deve pagare alla successione.

357. Ma non è soltanto al momento della divisione che debba l'immobile considerarsi, come dispone l'art. 861 (780), onde stabilire il maggior prezzo che trovasi di avere acquistato per fatto dell'erede; e così ancora avviene, secondo noi, allorquando si apre la successione; di guisa che ancora quando i miglioramenti esistenti nel giorno dell'apertura della successione non si trovassero più esistenti nel giorno della divisione, non per questo devono trascurarsi a favore dello erede. Ciò è ben evidente nel caso in cui l'immobile sia stato alienato prima dell'apertura della successione.

Difatti, supponghiamo che una casa la quale avrebbe il valore di 30,000 franchi

al momento della apertura della successione, se fosse ancora nello stato medesimo in cui fu donata, e valga 45,000 franchi per un fabbricato che l'erede o il suo compratore vi hanno aggiunto, non è forse chiaro che sarebbero sempre 30,000 e non 45,000 quelli che l'erede deve conferire, quand'anche il fabbricato novellamente costruito venisse a bruciarsi o perire in altro modo pria della divisione!... E non sarebbe così, se si seguisse alla lettera l'articolo 861 (780). Difatti, l'articolo 860 (779) vuole che si conferisca, in questo caso di alienazione, il valore che ha l'immobile al tempo dell'apertura, che qui sarebbe di 45,000 franchi; e come l'articolo 861 (780), considerato alla lettera, non permetterebbe di dedurre se non che l'aumento del valore esistente nell'immobile al tempo della divisione, la distruzione del nuovo fabbricato accaduta pria di questa divisione, non facendo sussistere allora alcuno aumento, non vi sarebbe più deduzione a farsi, e dovrebbe conferirsi l'intera somma di 45,000 franchi. — Or tal risultamento che senza dubbio è iniquo, sarebbe d'altra parte contrario agl'intendimenti manifestati dal legislatore. « Il valore ricevuto, si è detto al consiglio di Stato, sarà solamente conferito; i miglioramenti dovuti alle cure del donatario devono a questo rimanere » Fenet, XII, pag. 71.

Perchè si potesse dedurre la plusvalenza esistente al momento della divisione, sarebbe stato necessario non far conferire che il valore dello immobile al tempo della divisione; e delle due regole stanziate dagli art. 860 e 861 (779 e 780), l'una chiede che l'altra sia modificata. Ora lo storico della compilazione dei nostri articoli non fa menomamente dubitare intorno a quale di essi debba l'altro cedere.

Nell'antico dritto non si deducevano le migliorie esistenti al giorno della divisione, perchè non si conferiva che il valore del giorno della divisione (Pothier, cap. IV, art. 2 § 7. — alinea 22). Or nel progetto del nostro titolo erasi seguita questa idea; l'articolo 860 (779) *(art. 148 del progetto)* limitavasi a dire che in questo caso di alienazione si conferirebbe prendendo di meno senza cangiare l'antica regola per l'epoca della stima; l'art. 861 (780) *(art. 149 del progetto)* diceva in conseguenza che si terrebbe conto all'erede della plusvalenza del giorno della divisione (Fenet, XII, pag. 64 e 65). Ma nel consiglio di Stato, dopo alcuni momenti di discussione, fu deciso che si conferirebbe il valore stimato, non al momento della divisione, come voleva l'antico dritto ed anche il sig. Tronchet, ma al tempo della apertura (Fenet, p. 71). L'articolo fu dunque rimesso alla Sezione che vi aggiunse queste parole. « È dovuto il valore dell'immobile all'epoca della apertura. » Questo mutamento traevane di necessità un altro nello articolo 861 (780); non vi si badò e i nostri quattro articoli 861 ad 864 (780 ad 783) adottati senza alcuna osservazione rimasero tali quali la sezione li aveva presentati *(loco cit.)*. Gli è dunque certo che non si deve aver riguardo alle parola dell'art. 861 (780) *al tempo della divisione;* e bisogna dedurre sempre dal valore che l'immobile ha nel momento dell'apertura, lo ammontare delle meliorazioni esistenti al tempo di essa.

Or se la collazione si fa in ispecie, perchè l'immobile si trova ancora presso l'erede donatario al tempo dell'apertura della successione, la regola lasciata per inavvertenza nell'art. 861 (780) non può ancora applicarsi. Difatti allora la successione diviene fin dall'apertura proprietaria dell'immobile, ad essa da quel punto appartengono tutti i frutti (art. 856 (775)). Ma dacchè l'immobile nello stato in cui è, e con le migliorazioni che offre, diviene immediatamente proprietà della successione, questa dunque diviene reciprocamente debitrice verso lo erede del valore delle migliorie, e se queste vengono meno (per caso fortuito e senza alcuna causa imputabile all'erede) son perdute dalla successione, *res perit domino*, senza che perciò possa pretendersi liberata di ciò che deve pagare in occasione di quelle.

Così la successione in tutti i casi deve il ristoro alle migliorie esistenti al tempo

dell' apertura; è tale altresì la decisione di Chabot (art. 861 (780), n. 4) Delvincourt (II), Malpel (n. 282).

358. Ma fra i due casi esiste una differenza. — Quando l' erede che ha venduto l' immobile innanti l' apertura, è debitore di una somma di denaro, si comprende che tal somma è irrevocabilmente stabilita dal calcolo fatto al momento della apertura, e che le migliorie, i deterioramenti sopraggiunti fra questo punto e quello della divisione, sarebbero indifferenti e non darebbero luogo ad alcun conto novello. — Quando al contrario, la successione è divenuta proprietaria dell'immobile, gli è evidente che l' erede, il quale resta fino alla divisione possessore dello immobile che più non gli appartiene, sarebbe tenuto al ristoro per tutti i deterioramenti avvenuti per fatto proprio, e reciprocamente si dovrebbero pagare le spese, che avrebbe potuto fare per la conservazione della cosa. Anzi meglio, la successione in questo intervallo avendo dritto ai frutti, e dovendo quindi sostenere le spese di mantenimento e le altre che sono riputate carico dei frutti, l' erede che le avrebbe fatto, potrebbe ancora farsene tener conto dalla eredità.

865 (784). — Quando la collazione si fa in natura, i beni si riuniscono alla massa dell' eredità, liberi da qualunque peso imposto dal donatario; ma i creditori ipotecarî possono intervenire alla divisione. per opporsi alla collazione che sarebbe per farsi in frode de' loro diritti.

SOMMARIO

I. La collazione, sebbene si fa realmente in ispecie, fa venir meno tutti i dritti reali consentiti dall' erede. Errore di Delvincourt.

II. Questi dritti sono mantenuti quando l' immobile conferito in ispecie rientra poi nella porzione dello erede donatario. Dissentimento con Toullier e Malpel.

I. — 359. L' erede donatario è proprietario della cosa a lui donata sotto una condizione risolutiva; il suo dritto di proprietà deve risolversi, e stimarsi come non mai esistito, se egli possiede ancora l'immobile al tempo della morte del defunto, ed accetta la di costui successione. Adunque quando si compiano queste due circostanze, l'erede è in dritto, come se mai fosse stato proprietario, e non abbia quindi potuto concedere efficacemente alcun peso reale sopra i fondi: qualunque cessionario di un dritto d' un usufrutto, di servitù, d'ipoteca, ne è dunque spogliato per l' applicazione della regola *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*.

Nonpertanto lo erede, tuttochè debitore dell' immobile verso la successione, poteva dispensarsi dal conferirlo realmente alla massa divisibile, essendovi altri immobili da potersi attribuire in compenso agli altri eredi (art. 859 (778)). In questo caso, l'erede cessando di essere proprietario per ridivenirlo immediatamente (siccome meglio si comprenderà al numero II), e risolvendosi il suo dritto di proprietà a titolo di donatario per continuare a titolo di erede, senza alcuna interruzione, dovrebbero mantenersi tutte le concessioni di dritti reali. Ciò vuole il nostro articolo, secondo il quale vengono meno i pesi imposti dal donatario nel caso che la collazione si faccia veramente in ispecie.

Ma quando si conferisce realmente in ispecie, e l'immobile ricade nella massa da dividersi, sono annullati i dritti reali quali che si fossero. Così, p. e., i creditori che ebbero ipotecata dall' erede una cosa donata, la vedranno venir meno, effettuandosi la collazione; se non che la legge ragionevolmente accorda loro il dritto di assistere alla divisione per impedire la collazione in ispecie, se realmente non occoresse. Se dunque nella massa divisibile vi ha immobili che si possano assegnare in compenso agli altri eredi, lasciando al-

l'erede donatario l'immobile loro ipotecato, questi creditori potrebbero pretendere che la collazione si facesse col prender di meno, ed opporsi ad una divisione in ispecie che potrebbe far passare l'immobile presso altri eredi. — Questo dritto del resto è conseguenza dello articolo 1166 (1119), il quale permette ai creditori di esercitare in nome del lor debitore tutti i dritti di lui. Ed essendo così la cosa, la regola ultima del nostro articolo si applicherà non solo ai creditori ipotecarî, ma a tutti i concessionarî di dritti reali. Costoro infatti mentre vantano un dritto reale sopra l'immobile, hanno altresì e senza alcun dubbio un dritto personale, un credito contro quello che glielo ha conceduto a fin di costringerlo ad attenere la sua promessa per quanto è in lui; essi potrebbero dunque, col titolo di creditori, invocare la disposizione dell'articolo 1166 (1119).

360. Delvincourt interpetra il nostro articolo in modo che ci sembra veramente erroneo. Egli pretende che la collazione in ispecie non annulli le servitù reali, lo usufrutto, ecc., imposti dal donatario; ma solamente le ipoteche da lui consentite. E ne assegna per ragione, che tutte le servitù sono smembramenti della proprietà, e che colui che può alienare la proprietà, deve con più di ragione aver facoltà di trasferirne gli smembramenti. Questo argomento è qui di nissun rilievo; e la conclusione che ne vuol trarre l'autore, è contraria allo spirito non che al testo della legge.

Perchè meravigliarsi che il dritto di vendere non tragga il dritto di stabilire servitù, non traendo anche quello di ipotecare? La teoria evidente della legge mena inevitabilmente a questa alternativa: 1° o l'erede vende l'immobile innanti l'apertura, e allora si consolida il dritto di proprietà in forza del quale ha egli alienato; 2° o l'immobile resta suo fino all'apertura, e allora risolvesi il suo dritto di proprietà, e conseguentemente cadono tutti i dritti reali da lui consentiti. Quando la eredità diviene semplicemente creditrice di una somma di denaro, essa dee solo domandare il suo credito, ma riacquistando la proprietà dell'immobile, doveva naturalmente acquistarla piena ed intera. Dipiù il nostro articolo dice « che i beni saranno « liberi *da qualunque peso* imposto dal donatario. »

Tutti gli scrittori han rigettato la dottrina di Delvincourt intorno a questo punto.

II. — 361. È controverso se le ipoteche (e altri dritti reali) imposti sopra l'immobile dall'erede donatario, esistano ancora quando l'immobile, conferito in ispecie, ritorni all'erede per effetto della divisione.

Toullier (IV-511) e Malpel (n. 281) rispondono di no; perchè i dritti in tal modo imposti, che furono risoluti insieme colla proprietà dell'erede nel punto che la cosa fu conferita, o meglio alla apertura stessa della successione, non potrebbero rinascere che con una nuova convenzione stesa secondo le forme richieste.

Se è vero il principio posto da questi scrittori, se i pesi imposti sopra l'immobile sono stati veramente risoluti, la conseguenza è certa, e bisogna ammetterla. Ma si può dire che agli occhi della legge si sono veramente risoluti questi dritti reali? Non lo crediamo. Dal giorno della donazione fatta dal defunto fino alla apertura della successione, l'erede come donatario ha avuto la proprietà. Ora egli riavendo l'immobile in seguito della divisione, è sotto la regola dell'art. 883 (803) dichiarante, che ciascuno erede è reputato *solo ed immediato* successore in tutti gli effetti componenti la sua quota, cotalchè egli legalmente è stato proprietario a titolo di erede dal giorno della apertura. Così, proprietario sino alla morte del *de cujus* per effetto della donazione, ha continuato ad esserlo da quel momento quale erede: il suo dritto si è risoluto per rivivere *immediatamente* con altro titolo, per modo che or con questo, or con quel titolo egli è stato sempre proprietario. Perchè dunque i dritti da lui imposti sopra l'immobile potrebbero essere annullati come conceduti *a non domino?*

I principî più severi del dritto concor-

fano qui dunque con l' equità per condervare le ipoteche e gli altri pesi imposti sul donatario. Invocherebbesi invano, come da Malpel, lo interesse di quelli ai quali l' erede avrebbe ipotecato l' immobile posciacchè lo riebbe in seguito della divisione, essendo loro pregiudizievoli le ipoteche che noi vogliamo mantenute; perchè questi nuovi creditori han conosciuto le iscrizioni precedenti. Ed essi hanno una ipoteca posteriore di data, perchè ne furono contenti.

Noi supponiamo che nella speranza di vedere l' immobile far parte della quota del loro debitore alla fine della divisione, i creditori iscritti innanti l' apertura della successione non han fatto cancellare la loro iscrizione; o se lo fosse stata prima, essi l' avrebbero rinnovata innanzi le novelle ipoteche di cui è parola (1).

866 (785). — **Quando la donazione di un immobile fatta a persona in istato di succedere colla dispensa dalla collazione, ecceda la porzione disponibile, la collazione di ciò che eccede si fa in natura, se la separazione può comodamente eseguirsi.**

Nel caso contrario, se l' eccedenza supera la metà del valore dell' immobile, il donatario deve conferirlo per intiero, salvo ad esso il dritto di prededurre dalla massa ereditaria il valore della porzione disponibile: se questa porzione eccede la metà del valore dell' immobile, il donatario può ritenerselo per intiero, imputando il di più nella sua parte ereditaria, e compensando in danaro od altrimenti i suoi coeredi.

SOMMARIO

I. Questo articolo prevede un caso di riduzione non di collazione. In principio, la riduzione delle donazioni si effettua mercè la separazione in ispecie; ma vi è eccezione, secondo il nostro articolo e l' articolo 924 (841), quando il donatario è uno degli eredi.

II. Quid *se le due parti, disponibile e riservata dell' immobile donato sono eguali?* Quid *quando l' immobile è stato venduto?*

I. — **362.** Non è più un caso di collazione, ma di riduzione, trattandosi di un dono fatto con dispensa dalla collazione, e che dev'essere ridotto in quanto ecceda la porzione disponibile. La separazione di cui parla il nostro articolo, si eseguirebbe dunque quand'anche il successibile donatario rinunziasse alla successione.

In principio, quando una cosa donata eccede la porzione disponibile, o da se sola, o riunita con le cose precedentemente donate, la porzione di essa che vien tolta dalla legittima, dev'essere rimessa in ispecie nella massa divisibile, o posta agli incanti se la cosa non può dividersi. La riserva in fatti essendo attribuita agli eredi dalla legge stessa, e senza che alcuna disposizione del defunto possa in nulla attaccarla, gli eredi possono esigere certamente che i beni così riservati ritornino loro in ispecie, e non con semplici equivalenti. Se non che una eccezione vien fatta a questo principio dalla legge nel nostro articolo 866 (785) e nello art. 924 (841) quando il donatario della cosa tolta in parte dalla riserva, sia uno degli eredi (2).

In questo caso particolare la legge dichiara da prima, secondo la disposizione dell'art. 924 (841), che se la parte di riserva così donata all'erede è della stessa specie degli altri beni rimasti nella massa, e di cui si potrebbero fare altre simili porzioni per gli altri eredi, non occorrerà la separazione reale, e l'erede donatario potrà serbare l' eccedente della porzione

(1) *Conf.* Delvincourt, Favard (Divis. di succ., sezione 3); Duranton (VII-404); Dalloz (*Succ.*, cap. 6); Vazeille (n. 4 e 5); Poujol (n. 21); Zachariae (IV p. 379).

(2) Gli è evidente, secondo il testo medesimo del nostro articolo, ch'esso intende parlare del successibile che si conduce da erede; il che viene abbastanza provato dalle parole, *salvo a prelevare, salvo a prender di meno.*

disponibile (fino alla concorrenza della sua porzione ereditaria).—Non esistendo nei beni riservati altri immobili della stessa natura di cui si possono formare simiglianti porzioni, bisognerà applicare il nostro articolo. Se dunque la separazione può farsi facilmente, avrà effetto; altrimenti in vece di mettersi agli incanti, si applicherà la regola *major pars trahit ad se minorem:* lo immobile intero resterà al donatario; salvo il ristoro per la eredità, se la parte validamente donata sia più considerevole della parte da separarne, perchè appartenente alla riserva ; esso tornerà , anche intero alla successione, salvo il ristoro allo erede, se la porzione a separare sia maggiore della disponibile.

II.—363. Ma se fossero precisamente eguali la porzione disponibile nell' immobile, e quella che dev'essere rimessa come appartenente alla riserva (nella ipotesi sempre che la divisione in ispecie non fosse facile) che cosa si farebbe? L'assegnazione di tutto l'immobile, o alla successione, o all'erede , salvo il ristoro dall' una parte o dall' altra , dipenderebbe allora dalle circostanze, e dovrebbe accordarsi a chi avrebbe maggiore interesse. Per modo di esempio, se l'erede avesse imposto sopra l' immobile ipoteche o altri dritti reali, i quali verrebbero meno rientrando la cosa nella massa, ovvero, se l'immobile di cui si tratta è a lui necessario o molto utile per esercitare la propria industria, non è dubbio che si dovrà lasciarglielo. Se al contrario la restituzione dell' immobile deve produrre maggiore utilità ai condividenti che svantaggio al donatario , dovrà l'immobile restituirsi: in breve si dovrà ricercare il *quid utilius* e mettere l' immobile là dove un maggiore interesse lo domanda.—Questa soluzione si fonda sopra lo spirito evidente del nostro articolo, il quale mette l'intero immobile dal lato ove se ne trova la maggior parte, perchè ivi evvi un maggiore interesse.

364. Se l'immobile donato, e di cui una parte appartiene alla riserva , fosse stato venduto dall'erede donatario, l'acquirente non potrebbe pretendere che in alcun caso e per la sua sola qualità di terzo , non gli si potesse far soffrire la separazione in ispecie. La legge non ha posto i terzi acquirenti in sicuro dalle domande di riduzione, come essi lo sono da quelle di collazione (purchè la vendita dell' immobile conferibile preceda l' apertura della successione). L'acquirente, non avrebbe qui che i dritti del suo cedente, nè potrebbe ritenere l' immobile che nei casi in cui quegli lo potrebbe. Fra l' acquirente e lo erede che cede non crediamo possa esservi differenza , se non quando l' immobile che fosse dapprima indivisibile, non prestando la massa altri immobili della stessa specie , di cui si possano formare porzioni per gli altri eredi , appartenesse alla riserva per più della sua metà. In questo caso abbiam veduto che lo erede sarebbe obbligato restituire tutto l'immobile alla eredità; ora noi non pensiamo che vi si potesse costringere il suo acquirente. In vero il dono fatto all'erede con dispensa alla collazione, è stato pienamente legale e valido per la porzione disponibile dell'immobile; solamente può essere censurato per la parte riservata; quindi l' alienazione consentita dal donatario ha sortito il suo effetto per la parte disponibile, e l'acquirente n' è divenuto debitamente proprietario.

La eredità rimasta padrona della parte riservata , è dunque comproprietaria dell'immobile insieme coll'acquirente. Ora un comproprietario non può esigere che a lui si ceda la cosa intera , ma solo domandarne la divisione, o gl'incanti, se quella non può aver luogo. L'acquirente dunque potrà anzichè abbandonare l'immobile alla eredità chiederne gl' incanti , il che gli permetterà di esserne aggiudicatario. Colui che acquista così da un donatario erede, non può esser meno bene trattato di chi acquista da un donatario estraneo, il quale avrebbe il dritto di domandare o la divisione, o gl'incanti, e di ricusarsi ad un pieno abbandono dell'immobile. Che il donatario il quale succede, possa nello stesso caso esser costretto a rilasciare l' immo-

bile alla massa, si comprende, perchè egli può riacquistarlo nella divisione, come potrebbe ottenerlo cogli incanti, ma non permettono i principî di esigere questo abbandono del terzo che sarebbe quindi spogliato irrevocabilmente della sua proprietà.

867 (786).—Il coerede che deve conferire un immobile in natura, può ritenerne il possesso sino all'effettivo rimborso delle somme, che gli sono dovute per ispese o miglioramenti.

365. Questa disposizione è una applicazione della regola d' equità : un debitore non può esser costretto allo adempimento del suo obbligo fin che il suo creditore non esegua le sue corrispettive obbligazioni. Di conseguenza , dovendo io darvi un oggetto per il quale voi dovete adempire qualche obbligo presso di me , io posso negarmi a rilasciarvelo tenendolo come pegno, finchè voi non vi sdebitiate. Abbiamo parlato più di una volta di questo principio noto col nome *di dritto di ritenzione*.

868 (787).—La collazione degli effetti mobili non si fa che per imputazione. Si fa sul ragguaglio del prezzo che i medesimi valevano al tempo della donazione, giusta la stima annessa all'atto della donazione stessa , ed in mancanza di tale stima, a norma di quella che verrà fatta da periti a giusto prezzo e senza dar luogo ad aumento.

SOMMARIO

I. Perchè le cose mobili non possono conferirsi che prendendo di meno.—Nell' articolo si tratta dei mobili corporali. Errore di Chabot.
II. Come si conferiscono i mobili immateriali. Dissenso con Duranton.

I.—366. Lo svilimento tanto rapido degli oggetti mobili ha determinato il legislatore a non permetterne la collazione in ispecie: secondo il nostro articolo la collazione di essi si esegue col prenderne di meno. Nella teoria del Codice il successibile donatario di cose mobili ne diventa proprietario irrevocabile nel punto della donazione, con l' obbligo (se poi diviene erede) di pagare il valore che avevano al tempo della donazione: il donatario dunque è debitore di una somma di denaro. La somma che deve pagare sarà fissata dalla stima che trovasi nello stato che secondo l'art. 948 (872) dev'essere annesso a qualunque donazione di cose mobili, o in mancanza di esso da una stima fatta da periti, e *sans crue*. (Il senso di queste ultime parole è stato spiegato sotto l'art. 825 (744).

367. Delvincourt , Malpel (n. 287) e Duranton (VII , 413) insegnano con ragione, che la regola dell'articolo nostro si applica ai soli mobili corporali, e non a quelli immateriali, ai *dritti* mobiliari. Questa proposizione secondo noi, non ostante la contraddizione di Chabot (n. 6) non è dubbia , anzi è provata dallo spirito non che dal testo del nostro articolo, e dalla discussione del Consiglio di Stato.

Difatti il Codice per il rapido svilimento delle cose mobili ha qui rigettato la collazione in specie della cosa donata, facendo il donatario debitore d'una somma di danaro rappresentante il valore della cosa al tempo della donazione ; ma il facile svilimento è proprio dei mobili corporali: una rendita, un credito, un ufficio di difensore o di notaro, non si consumano come il bucato o il fornimento di una camera. Di più osservate la compilazione della legge. Il valore degli effetti mobili sarà conosciuto dallo stato estimativo che dev'essere alligato all'atto; ma questo non è richiesto (art. 948 (872)) che per gli effetti mobili, e tali non sono le rendite, i crediti, ec., in difetto dello

stato la legge chiede una stima di periti, ma le rendite, i crediti non si fanno stimare da periti. Da ultimo la discussione fatta intorno a questo articolo nel Consiglio di stato fra Maleville, Tronchet e Regnault, suppone certamente una donazione di mobili corporali, di effetti mobili, di quelle cose che comunemente si chiamano mobili. Ed è tanto vero che il Codice in questo senso parla qui della collazione delle cose mobili, nè vi comprende gl'immateriali nè i danari contanti, che esso in uno articolo speciale ne dia che i danari contanti si conferiscono anche prendendo di meno.—Nè si dica come Chabot, che secondo l'art. 535 (460) la espressione delle cose mobili deve significare tutto ciò che non è immobile: non ci occorre confutare qui questa pretesa regola, avendolo già fatto (articolo 536 (511), numero I).

II. — 368. Bisogna dunque riconoscere che il Codice in nissun luogo ha parlato della collazione dei mobili immateriali, dei dritti mobiliari, pei quali deve seguirsi il principio naturale, che la collazione dee farsi della cosa stessa. Così se il defunto mi ha donato una rendita, un credito, un ufficio, ecc., io terrò per me, siccome di sopra abbiamo spiegato, tutti i frutti prodotti dalla cosa; i decorsi della rendita, gl'interessi del capitale dovuto, le rendite della carica, e conferirò l'ufficio, il credito o la rendita. — Se il debitore della rendita o del capitale è diventato insolvibile, io conferirò solo i titoli. Se l'officio è stato soppresso senza ristoro, o se la rendita, e il credito si sono estinti con la morte di un debitore che non lascia nè eredi nè beni, io sarò pienamente liberato dalla collazione, del pari che il donatario di un immobile che perisce per caso fortuito. Che se sono stato costretto a ricevere il rimborso della rendita o del credito, o se, essendosi soppresso l'officio, io abbia ricevuto un ristoro, io non conferirò ciò che la cosa donata potea valere, ma la somma avuta per rimborso o per ristoro; io sono allora nello stesso caso di un donatario d'un immobile che avrebbe subìto un'espropriazione forzata (art. 860 (779), n. IV).

369. Duranton, tuttocchè ammetta per le rendite e i crediti il principio da noi esposto, ne eccettua le rendite o i crediti che hanno un corso pubblico segnato alla borsa, come le rendite sullo Stato, le azioni della banca, ecc. Non crediamo esservi ragione per ammettere questa eccezione. L'avere la tal rendita un corso pubblico non cambia la sua natura; la è sempre una rendita. Non è un mobile corporale, dunque non si deve applicare ad essa il nostro art. 868 (787). Non ha nulla di pecuniario, dunque non si deve applicare ad essa l'articolo seguente.

370. Questa nostra soluzione ci sembra molto delicata per gli uffici.

Quando un notaro p. e. cede gratuitamente la sua carica a Tizio, il Governo, non egli, conferisce a quello il titolo di notaro. Sembra dunque che l'oggetto dato a Tizio non sia propriamente la carica, ma piuttosto il prezzo, il valore in denaro della carica, e quindi dovrà essere conferito il prezzo di essa (al giorno della donazione). Questo in fatti fu deciso da un arresto della Corte suprema del 21 novembre 1815 che annulla una decisione di Colmar; arresto che Duranton cercò giustificare — Ma questa decisione ci sembra erronea. Di certo il mio titolo di notaro, di difensore, ecc. non è cosa trafficabile, ed io non vi dò quello, e nemmeno denaro. Quel che io alieno è il dritto alla nomina, al conseguimento del titolo. Or tal dritto non è una cosa corporale, non è danaro, ma solamente *qualche cosa che vale danaro*, come un cavallo, una casa, o un podere. La Corte di Colmar adunque aveva meglio giudicato, secondo noi, della Corte di cassazione.

869 (788). — La collazione del danaro donato, si fa col prendere una minore quantità del danaro che si trovi in effettivo nell'eredità.

In caso che il danaro non basti, il donatario può esimersi dal conferire altro da-

naro, cedendo sino alla concorrente quantità, l'equivalente in mobili od in mancanza di questi in immobili ereditarj.

371. Questo articolo permette all'erede che deve conferire danaro, di non farne collazione che prendendo di meno, lasciando prededurre dai suoi coeredi o altrettanta somma sui contanti della successione, o sopra i mobili, o gli immobili fino alla concorrente somma da lui dovuta.

L'articolo nostro non si applica propriamente a colui *che ha ricevuto* danaro, ma a colui che *deve conferire* danaro. Or abbiam veduto nell'articolo precedente e nell'articolo 860 (779) che fra gli eredi i quali devono conferire danaro, si comprendono, quello che ha ricevuto oggetti mobili, e quello che ha ricevuto un immobile, lo avrebbe alienato innanti l'apertura della successione. Essi dunque potranno invocare tutti e due le regole del nostro articolo.

SEZIONE III.

DEL PAGAMENTO DEI DEBITI

372. Noi vedremo successivamente in questa sezione:

1. La parte che deve contribuire ogni condividente nei debiti della successione, cioè, il modo onde ciascuno è tenuto a sostenerli riguardo ai suoi consuccessori (art. 870, 872 (791, 793)).

2. La parte che deve subire, quanto ai procedimenti, cioè il modo onde ciascuno è tenuto verso i creditori (art. 873, 876 (794, 796)).

3. L'effetto verso gli eredi dei titoli esecutivi contro il defunto (art. 877 (797)).

4. In fine il dritto accordato ai creditori della successione per assicurare il loro pagamento, di far separare i patrimoni del defunto e dell'erede (articoli 878-882 (798-802).

— (789).*

— (790).**

§ 1. — *Della contribuzione ai debiti.*

870 (791). — I coeredi contribuiscono tra essi al pagamento dei debiti ed ai pesi dell'eredità, ciascuno in proporzione di ciò che gli perviene.

871 (792). — Il legatario a titolo universale contribuisce unitamente agli eredi in proporzione della sua parte ereditaria; ma il legatario particolare non è tenuto ai debiti e pesi, salva però l'azione ipotecaria sul fondo legato.

373. Gli eredi, e come essi gli altri successori universali (di cui avremmo dovuto parlare nel titolo seguente, ma che la legge qui immediatamente ci presenta, essendo essi, nella materia di cui trattiamo, nella ugual condizione degli eredi) con-

*-** Sezione III. Dell'imputazione.

789. Ogni erede, benchè estraneo, instituito nel disponibile, e qualunque legatario potrà obbligare l'erede il quale voglia la riserva, o sia legittima, ad imputare nella stessa le donazioni e i legati fatti gli dal defunto; ma ne' seguenti casi solamente.

1. Quando la donazione o il legato sia stato fatto colla legge espressa della imputazione, tal dichiarazione potrà farsi tanto con l'atto stesso che contiene la disposizione, quanto con un atto posteriore nella forma delle disposizioni fra vivi o testamentarie:

2. Quando l'erede cui è dovuta la riserva, domanderà la riduzione delle disposizioni fatte dal defunto, per essersi ecceduta la quota disponibile.

790. Tutto ciò che va esente dall'obbligo della collazione secondo le regole stabilite nella sezione II di questo capitolo, va esente ancora dall'obbligo della imputazione spiegata nell'articolo precedente. I legati però, tuttochè non soggetti a collazione, sono sottoposti alla imputazione.

stato la legge chiede una stima di periti, ma le rendite, i crediti non si fanno stimare da periti. Da ultimo la discussione fatta intorno a questo articolo nel Consiglio di stato fra Maleville, Tronchet e Regnault, suppone certamente una donazione di mobili corporali, di effetti mobili, di quelle cose che comunemente si chiamano mobili. Ed è tanto vero che il Codice in questo senso parla qui della collazione delle cose mobili, nè vi comprende gl'immateriali nè i danari contanti, che esso in uno articolo speciale ne dia che i danari contanti si conferiscono anche prendendo di meno. — Nè si dica come Chabot, che secondo l'art. 535 (460) la espressione delle cose mobili deve significare tutto ciò che non è immobile: non ci occorre peconfutare qui questa pretesa regola, avendolo già fatto (articolo 536 (511), numero I).

II. — 368. Bisogna dunque riconoscere che il Codice in nissun luogo ha parlato della collazione dei mobili immateriali, dei dritti mobiliari, pei quali deve seguirsi il principio naturale, che la collazione dee farsi della cosa stessa. Così se il defunto mi ha donato una rendita, un credito, un ufficio, ecc., io terrò per me, siccome di sopra abbiamo spiegato, tutti i frutti prodotti dalla cosa; i decorsi della rendita, gl'interessi del capitale dovuto, le rendite della carica, e conferirò l'ufficio, il credito o la rendita. — Se il debitore della rendita o del capitale è diventato insolvibile, io conferirò solo i titoli. Se l'officio è stato soppresso senza ristoro, o se la rendita, e il credito si sono estinti con la morte di un debitore che non lascia nè eredi nè beni, io sarò pienamente liberato dalla collazione, del pari che il donatario di un immobile che perisce per caso fortuito. Che se sono stato costretto a ricevere il rimborso della rendita o del credito, o se, essendosi soppresso l'officio, io abbia ricevuto un ristoro, io non conferirò ciò che la cosa donata potea valere, ma la somma avuta per rimborso o per ristoro; io sono allora nello stesso caso di un donatario d'un immobile che avrebbe subìto un'espropriazione forzata (art. 860 (779), n. IV).

369. Duranton, tuttocchè ammetta per le rendite e i crediti il principio da noi esposto, ne eccettua le rendite o i crediti che hanno un corso pubblico segnato alla borsa, come le rendite sullo Stato, le azioni della banca, ecc. Non crediamo esservi ragione per ammettere questa eccezione. L'avere la tal rendita un corso pubblico non cambia la sua natura; la è sempre una rendita. Non è un mobile corporale, dunque non si deve applicare ad essa il nostro art. 868 (787). Non ha nulla di pecuniario, dunque non si deve applicare ad essa l'articolo seguente.

370. Questa nostra soluzione ci sembra molto delicata per gli ufficî.

Quando un notaro p. e. cede gratuitamente la sua carica a Tizio, il Governo, non egli, conferisce a quello il titolo di notaro. Sembra dunque che l'oggetto dato a Tizio non sia propriamente la carica, ma piuttosto il prezzo, il valore in denaro della carica, e quindi dovrà essere conferito il prezzo di essa (al giorno della donazione). Questo in fatti fu deciso da un arresto della Corte suprema del 21 novembre 1815 che annulla una decisione di Colmar; arresto che Duranton cercò giustificare — Ma questa decisione ci sembra erronea. Di certo il mio titolo di notaro, di difensore, ecc. non è cosa trafficabile, ed io non vi dò quello, e nemmeno denaro. Quel che io alieno è il dritto alla nomina, al conseguimento del titolo. Or tal dritto non è una cosa corporale, non è danaro, ma solamente *qualche cosa che vale danaro*, come un cavallo, una casa, o un podere. La Corte di Colmar adunque aveva meglio giudicato, secondo noi, della Corte di cassazione.

869 (788). — La collazione del danaro donato, si fa col prendere una minore quantità del danaro che si trovi in effettivo nell'eredità.

In caso che il danaro non basti, il donatario può esimersi dal conferire altro da-

faccia parte del patrimonio a dividersi sia ipotecato per garentire il pagamento di una rendita. In questo caso, l'erede nella di cui porzione entrerebbe l'immobile, sarebbe ad ogni termine obbligato a pagar solo gl' interessi decorsi, e a rivolgersi poi contro ciascuno dei coeredi per la parte che questi debba contribuire (1). Sarebbe ben molesto questo regresso parziale di un erede contro i suoi coeredi, il quale potrebbe durare sempre.

La legge offre due modi, per ischivarlo. Dapprima ciascuno dei condividenti può esigere che innanti di formarsi le porzioni fosse pagato il capitale della rendita; il che prova che la legge intende solo parlare delle rendite perpetue, non potendo restituirsi il capitale di quelle vitalizie (articolo 1979 (1851)). Se poi il rimborso di una rendita perpetua non ha luogo, o perchè non son corsi i trent' anni o i dieci, nei quali è stipulata irredimibile, o perchè potendo farsi il rimborso, nissuno erede lo domanda: in questi casi, la legge vuole che l'immobile ipotecato fosse stimato per il valore che avanza, dedotto prima il capitale della rendita. In questo modo l'erede nella di cui porzione esso entra, pagherà solamente i decorsi della rendita senza avere alcun regresso contro i condividenti.

II. — 376. Il nostro articolo parla della rendita garentita da una ipoteca *speciale;* bisogna da ciò conchiudere che non potrebbesi invocare quando l' ipoteca fosse generale sopra tutti gl' immobili della successione? Gli è chiaro che tal quistione è relativa alla prima parte dell' articolo, la quale permette ad ogni erede di domandare il rimborso, e non già alla seconda: perchè non occórre ai condividenti sottoporre al pagamento dei decorsi questo anzichè quell' altro immobile, quando il creditore, mercè la ipoteca generale, è libero di perseguitare chi gli piace. La prima adunque dovrebbe solo applicarsi alla ipoteca generale: dovrà essa in fatti applicarsi? Non ci par dubbio che sia di sì.

E dapprima lo sconcio sarebbe anche grande, e il motivo della legge esiste tanto per la ipoteca generale, che per la speciale. In vero quando alla rendita sono ipotecati tutti gli immobili della eredità, il creditore non ha meno il dritto di chiedere tutt' i decorsi ad un solo erede. Ed è più molesto, che egli può rivolgersi ora contro il possessore di quell' immobile, or contro il possessore di quell' altro, cotal che ad ogni termine non un solo erede, ma tutti, ciascuno per la parte sua dovrebbe temere di pagare per intero, salvo il regresso parziale contro ciascun coerede. Sarebbe dunque il caso di dire *ubi eadem ratio idem jus.*

Ma la discussione di questo articolo nel consiglio di Stato non lascia alcun dubbio dell' intendimento del legislatore sul proposito. Nel progetto l'articolo (che portava allora il n. 160) presentava la seconda delle due disposizioni, che oggi contiene, quella cioè che ordina di valutare nella massa l'immobile ipotecato, fatta deduzione del capitale della rendita (Fenet XII, pagina 76). Al tempo della discussione Tronchet richiamò l'attenzione del consiglio sul caso che l' ipoteca esistesse sopra più immobili.

I signori Regnaud, Jollivet e Treilhard dissero (a torto è vero, ma non monta) che l' articolo proposto prevedeva il caso, e consentiva ai condividenti di far cancellare la ipoteca su tutti gli altri immobili, eccettone quello che essi convenivano ipotecare specialmente alla rendita. Tronchet dichiarò il desiderio, che questa regola fosse espressa nello articolo, e fu adottata la sua emenda *(loc. cit.*, pag. 98 e 79).

In conseguenza della domanda di Tronchet, la sezione legislativa aggiunse all' articolo la frase, che forma oggi la sua prima parte. — Così i signori Regnaud, Jollivet e Treilhard credevano fosse sufficiente l'articolo nella sua prima compilazione onde ridursi

(1) Il creditore della rendita avrebbe il dritto di farsi pagare parzialmente da ciascuno degli eredi; ma, come ben si comprende, egli amando meglio esser pagato per intero da un solo, si rivolgerà sempre contro il possessore dell'immobile ipotecato.

tribuiscono fra loro al pagamento dei debiti del defunto, ciascuno in proporzione di ciò che gli perviene dalla eredità. Così l' erede, il legatario universale o a titolo universale, e il donatario ugualmente universale o a titolo universale dei *beni futuri*, sostengono tutti una parte proporzionale al loro dritto (1). Vi è però una differenza fra i legatari o donatari e l' erede. L' erede che succede alla persona medesima del defunto, e giuridicamente la continua, deve tutto ciò che il defunto doveva, ed è tenuto alle obbligazioni di lui assolutamente ed anche *ultra vires successionis;* onde l' erede in metà di una successione di 50,000 franchi pagherà, essendo puro e semplice, la metà di 80,000 franchi dovuti dal defunto. Al contrario il donatario dei beni futuri, o legatario universale o a titolo universale, essendo successore ai beni e non continuatore della persona (dacchè presso di noi il testamento non fa eredi, come si scorge dal ravvicinarsi i due titoli delle successioni e delle donazioni, e specialmente dall' articolo 1002 (928); il donatario e il legatario non pagheranno i debiti che fino alla concorrenza dei beni: di che abbiam prova nei nostri stessi articoli, i quali vogliono che l' erede contribuisca *in proporzione di ciò che prende* (art. 870 (893)), e il legatario in proporzione solamente del suo vantaggio (articolo 871 (896)). Esiste la stessa differenza fra gli eredi e i successori irregolari (articoli 723, 724 (644, 645)).

374. Quanto al legatario particolare, egli non deve sostenere alcuna parte di pesi; perchè questi, come sappiamo non gravano sulla tale o tal' altra cosa determinata, ma sù tutto il patrimonio, sulla universalità dei beni.

Gli è vero che se la cosa legata è stata ipotecata, il legatario potrebbe esser costretto di pagare come terzo detentore, salvo sempre il suo regresso. In questo caso dunque egli non contribuisce ai debitori; e l'ultima osservazione del nostro articolo 871 (792) doveva esser posta negli articoli che trattano del dritto di perseguire i creditori.

872 (793). — Ciascun coerede, quando i beni immobili d' un' eredità sono aggravati di prestazione in virtù d'ipoteca speciale, può esigere che tali prestazioni sieno affrancate e resi liberi i beni, prima che si proceda alla formazione delle porzioni ereditarie. Se i coeredi dividono l'eredità nello stato in cui essa si trova, il fondo gravato deve stimarsi sulle medesime norme con cui si stimano gli altri beni immobili; si detrae dal prezzo totale il capitale corrispondente alla prestazione; l'erede nella cui quota cade questo fondo, è caricato solo dell'adempimento della prestazione medesima, ed egli è in dovere di garentirne i coeredi.

SOMMARIO

I. Il modo di contribuire può essere mutato per accordo dei condividenti. La legge applica quest'idea agli immobili ipotecati per rendite perpetue.

II. L'articolo si applica così all' ipoteca generale che alla speciale.

III. Ma non si applica ai debiti dei capitali esigibili.

I. — 375. Il modo di contribuire al pagamento dei debiti può essere oggetto di accordi particolari fra i condividenti. La legge sul nostro articolo impone l'accordo per un caso affatto speciale.

Suppone l'articolo che un immobile che

(1) Sappiamo che anche il legatario universale che prende spesso la totalità, e paga allora tutti i debiti, può spesso non raccogliere che una parte della eredità: il che avviene quando è in concorrenza di uno o più eredi legittimari. — Quanto al donatario fra vivi, universale o a titolo universale, abbiamo già detto che egli è tenuto anche ai debiti (art. 612 (537), n. I e III). Ma, non occorreva parlarne qui dove si tratta di successioni ai *defunti*.

faccia parte del patrimonio a dividersi sia ipotecato per garentire il pagamento di una rendita. In questo caso, l'erede nella di cui porzione entrerebbe l'immobile, sarebbe ad ogni termine obbligato a pagar solo gl'interessi decorsi, e a rivolgersi poi contro ciascuno dei coeredi per la parte che questi debba contribuire (1). Sarebbe ben molesto questo regresso parziale di un erede contro i suoi coeredi, il quale potrebbe durare sempre.

La legge offre due modi, per ischivarlo. Dapprima ciascuno dei condividenti può esigere che innanti di formarsi le porzioni fosse pagato il capitale della rendita; il che prova che la legge intende solo parlare delle rendite perpetue, non potendo restituirsi il capitale di quelle vitalizie (articolo 1979 (1851)). Se poi il rimborso di una rendita perpetua non ha luogo, o perchè non son corsi i trent'anni o i dieci, nei quali è stipulata irredimibile, o perchè potendo farsi il rimborso, nissuno erede lo domanda: in questi casi, la legge vuole che l'immobile ipotecato fosse stimato per il valore che avanza, dedotto prima il capitale della rendita. In questo modo l'erede nella di cui porzione esso entra, pagherà solamente i decorsi della rendita senza avere alcun regresso contro i condividenti.

II. — 376. Il nostro articolo parla della rendita garentita da una ipoteca *speciale;* bisogna da ciò conchiudere che non potrebbesi invocare quando l'ipoteca fosse generale sopra tutti gl'immobili della successione? Gli è chiaro che tal quistione è relativa alla prima parte dell'articolo, la quale permette ad ogni erede di domandare il rimborso, e non già alla seconda: perchè non occorre ai condividenti sottoporre al pagamento dei decorsi questo anzichè quell'altro immobile, quando il creditore, mercè la ipoteca generale, è libero di perseguitare chi gli piace. La prima adunque dovrebbe solo applicarsi alla ipoteca generale: dovrà essa in fatti applicarvisi? Non ci par dubbio che sia di sì.

E dapprima lo sconcio sarebbe anche grande, e il motivo della legge esiste tanto per la ipoteca generale, che per la speciale. In vero quando alla rendita sono ipotecati tutti gli immobili della eredità, il creditore non ha meno il dritto di chiedere tutt' i decorsi ad un solo erede. Ed è più molesto, che egli può rivolgersi ora contro il possessore di quell'immobile, or contro il possessore di quell'altro, cotal che ad ogni termine non un solo erede, ma tutti, ciascuno per la parte sua dovrebbe temere di pagare per intero, salvo il regresso parziale contro ciascun coerede. Sarebbe dunque il caso di dire *ubi eadem ratio idem jus.*

Ma la discussione di questo articolo nel consiglio di Stato non lascia alcun dubbio dell'intendimento del legislatore sul proposito. Nel progetto l'articolo (che portava allora il n. 160) presentava la seconda delle due disposizioni, che oggi contiene, quella cioè che ordina di valutare nella massa l'immobile ipotecato, fatta deduzione del capitale della rendita (Fenet XII, pagina 76). Al tempo della discussione Tronchet richiamò l'attenzione del consiglio sul caso che l'ipoteca esistesse sopra più immobili.

I signori Regnaud, Jollivet e Treilhard dissero (a torto è vero, ma non monta) che l'articolo proposto prevedeva il caso, e consentiva ai condividenti di far cancellare la ipoteca su tutti gli altri immobili, eccettone quello che essi convenivano ipotecare specialmente alla rendita. Tronchet dichiarò il desiderio, che questa regola fosse espressa nello articolo, e fu adottata la sua emenda *(loc. cit.*, pag. 98 e 79).

In conseguenza della domanda di Tronchet, la sezione legislativa aggiunse all'articolo la frase, che forma oggi la sua prima parte. — Così i signori Regnaud, Jollivet e Treilhard credevano fosse sufficiente l'articolo nella sua prima compilazione onde ridursi

(1) Il creditore della rendita avrebbe il dritto di farsi pagare parzialmente da ciascuno degli eredi; ma, come ben si comprende, egli amando meglio esser pagato per intero da un solo, si rivolgerà sempre contro il possessore dell'immobile ipotecato.

la ipoteca generale ad un solo immobile. « Collocando la rendita sopra l' immobile, » diceva Regnaud, l'articolo lo sottopone » ad un' ipoteca speciale, che *fa cessare* » *tutte le altre ipoteche.* » La parola *speciale* dello articolo s' intendeva nel senso di una limitazione possibile dell' ipoteca generale ad un solo immobile. « I coeredi » del garante, aggiungeva Treilhard, do- » mandano contro di lui che fossero can- » cellate le iscrizioni prese sopra i beni. » Era un errore: questa pretesa facoltà non si scorgeva affatto nei termini dello articolo, e Tronchet perciò domandò che vi fosse formalmente scritto. E non solo vi mancava (era questo il voto dell' intero consiglio, adottado l' emenda di Tronchet), ma non vi doveva esser posta; non si doveva permettere ai condividenti, mercè una convenzione fra loro consentita, di costringere un creditore, che aveva ipoteca sopra tre, quattro, o più immobili, a contentarsi di un solo.

Di più la sezione legislativa anzichè accordare colla sua nuova compilazione questa esorbitante facoltà richiesta dal Consiglio, si restrinse a dire che ogni erede potrebbe esigere che la rendita la quale grava sopra l'immobile fosse rimborsata, e gl' immobili resi liberi prima di procedersi alla divisione.

Le parole *ipoteca speciale* rimaste nella nuova compilazione dello articolo, e il cui significato non era ben chiaro nella prima, sono state mantenute per inavvertenza; nè si può quindi trarre da esse argomento per negare l' applicazione della nostra frase all' ipoteca generale, quando essa appunto è stata inserita per ovviare al caso d' una ipoteca sopra più immobili (1).

III. — 377. Ma non potrebbesi applicare il nostro articolo al caso che l' ipoteca gravante sopra gl' immobili o sopra uno di essi, garentisse non una rendita, ma un capitale rimasto esigibile dal creditore; nell' articolo si parla di rendite, e di rendite si trattò nella discussione del consiglio di Stato.

E in vero il caso della rendita era più grave di quello di un debito ordinario di capitale. Gli è vero che essendovi un debito ipotecario l' erede che ricevesse nella sua porzione l' immobile ipotecato, o anche il primo venuto dagli eredi, se vi fossero tanti immobili ipotecati quante porzioni, potrebbe essere ugualmente obbligato a pagare tutti gl' interessi, come viene il giorno del loro pagamento, salvo il suo regresso parziale contro ciascuno dei suoi coeredi. Ma questo stato imbarazzante non durerà mai a lungo; perchè dopo qualche anno verrà il termine di pagarsi il capitale. Trattandosi di rendita non vitalizia al contrario, questo stato di cose avrebbe potuto durare inperpetuo senza il nostro articolo, perchè non potendo mai richiedersi il rimborso della rendita dai debitori, liberi sempre di non farlo, i vari

(1) *Conf.* Nimes, 16 aprile 1830.

Potremmo esser tentati di dare un diverso senso al nostro articolo, più favorevole agli eredi, di quello al quale ci siamo attenuti; ma crediamo essere erroneo.

Si potrebbe dire, che il dritto accordato dalla prima parte dell' articolo a ciascuno erede, di pretendere il rimborso della rendita con ipoteca, non è solamente dato contro i coeredi, ma solamente contro il creditore medesimo, e per il caso che la rendita non fosse al presente redimibile; e la seconda parte dell' articolo si applica soltanto per il caso che gli eredi non han voluto costringere i creditori al rimborso. S' intenderebbe del pari questa seconda parte con dire, che l' erede possessore dell' immobile ipotecato resta solo gravato di pagar la rendita non solo riguardo ai suoi coeredi, ma assolutamente, e riguardo al creditore medesimo: per modo che l' erede possessore, volendolo, non avrebbe il dritto di rivolgersi contro gli altri eredi. Per sostenere questo sistema si potrebbe invocare il testo dell' articolo, e la discussione del consiglio di Stato che si prestano l' uno e l' altro a tale interpetrazione.

Ma non crediamo che possa accogliersi questa idea per quanto la sia speciosa.

Il nostro articolo e i due precedenti si occupano della parte che debbono gli eredi contribuire, e parlano quindi dei soli rapporti degli eredi fra loro: nel seguente articolo (la semplice lettura basta per convincerne) la legge comincia a trattare del dritto di perseguire i creditori.

Del resto, non si può ammettere senza una positiva dichiarazione della legge, che essa abbia inteso, onde facilitare gli accordi degli eredi, risolvere perfino i dritti dei terzi, permettendo il riscatto coattivo di una rendita nei dieci o trent' anni in cui è stipulata irredimibile. Eccezione sì esorbitante non potrebbe certamente risultare che da un testo preciso e ben formale.

coeredi avrebbero potuto non essere di accordo a fare il rimborso, cotalchè uno erede, senza il nostro articolo, avrebbe potuto essere in perpetuo molestato per sè, e suoi successori, dal mal volere dei coeredi e loro rappresentanti.

§ 2. — *Del dritto di perseguire che hanno i creditori.*

873 (794). — Gli eredi sono tenuti ai debiti ed ai pesi ereditarî personalmente a misura della loro parte e porzione virile, ed ipotecariamente per l' intero; salvo il loro regresso, tanto contro i coeredi, quanto contro i legatarî universali, in proporzione della tangente per cui essi devono contribuire.

SOMMARIO

I. Distinzione fra l' obbligo di contribuire, e quello di rispondere all' azione dei creditori.
II. Gli eredi, non ostante vi sieno altri successori universali, possono quali continuatori della persona, essere perseguiti per l' intero, ciascuno in proporzione della sua quota ereditaria (e non virile). Censura della dottrina di Duranton.
III. Rimando pei casi in cui questa azione per l' intero può aver luogo anche contro un solo di più coeredi.
IV. Uno di questi casi è quello in cui l' erede il quale ha pagato, possiede un immobile ipotecato.
V. Dritto di regresso dello erede che ha pagato più di quello che dovea per sua parte contribuire. Passaggio ai due seguenti articoli.

I. — 378. Abbiamo veduto nel precedente paragrafo, che coloro i quali debbono contribuire al pagamento dei debiti del defunto, cioè a sostenerne la loro parte, sono gli eredi, i successori irregolari, e i legatarî o donatarî universali o a titolo universale: in breve, tutti i successori generali del defunto. Avendo parlato dell' obbligo di contribuire, il Codice passa a trattare dell' obbligo di rispondere all' azione dei creditori, il quale non si confonde assolutamente col primo.

Gli è vero che ognuno di quelli che debbono contribuire può essere perseguito dai creditori per la sua parte; imperocchè dovendo questo successore pagare la tal somma, non ci può essere nè ragione nè pretesto per non pagarla a colui che deve riceverla e conservarla (art. 1009 e 1012 (935 e 966)). Ma se i creditori possono perseguire per la loro parte ognuno che deve contribuire, essi non vi sono obbligati; potendo spesso perseguitare un successore, altrimenti che col titolo di uno che debba contribuire; onde il dritto di perseguire, e l' obbligo di rispondervi, non si confondono con l' obbligo della contribuzione.

La legge, quando vuole indicare l' obbligo di contribuire, dice, che il successore *contribuisce* per la tal parte, o che *sostiene* la tal parte; quando vuole indicare soltanto l' obbligo di rispondere all' azione, dice, che egli è tenuto per la tal parte. — I titoli diversi da quello dello obbligato a contribuire, i quali dan luogo all' azione dei creditori, sono i seguenti. — 1° Di continuatore della persona del defunto; 2° di possessore di un immobile ipotecato al credito.

II. — 379. Come continuatore della persona del defunto (sappiamo che questa qualità appartiene sempre ed unicamente all' erede puro e semplice), il successore è tenuto a tutte le obbligazioni del defunto (1), in ragione della sua parte nella rap-

(1) Sappiamo che questo principio si applica alle obbligazioni civili, e non mai in materia criminale; un erede non continua nè rappresenta la persona del suo autore per scontare la prigionia o altra pena, alla quale il suo autore era, o poteva essere condannato.

presentazione del defunto: rappresentandolo solo, egli è solo tenuto per l'intero; rappresentandolo due, ciascuno per metà, son tenuti ognuno per metà, ecc.

Così, quando il defunto lascia un fratello legittimo, un figlio naturale riconosciuto, e un legatario di un quarto della eredità, il primo che solo ne rappresenta la persona, sarà tenuto, ossia potrà essere perseguito per l'intero, sebbene non prenda che un quarto di beni (prendendone metà il figlio naturale, e un quarto il legatario). Parimente, se il defunto lasciasse due zii, e due legatarî, di un terzo di beni per ciascuno, i due zii che soli ne continuano la persona, sarebbero tenuti ciascuno per metà, sebbene ciascun di loro raccogliesse un sesto dell'eredità. Se dunque i creditori hanno il dritto di perseguire per la parte che deve ognuno contribuire, nel primo caso il fratello, il figlio naturale e il legatario a titolo universale, e nel secondo gli zii e i due legatarî, essi son liberi di perseguire il fratello per l'intero, e i due zii, ognuno per metà. Questa facoltà di non perseguire che gli eredi legittimi è necessaria conseguenza della loro qualità. Essa del resto è scritta nel nostro articolo, il quale, tuttocchè supponga che vi sieno legatarî universali, parla di perseguire soltanto gli *eredi* per la loro parte e porzione (salvo il regresso di costoro contro gli altri che debbono contribuire).

380. Non si può pigliare alla lettera e assolutamente la regola dell'articolo, che gli eredi saran tenuti per la loro parte e porzione virile. Chiamasi porzione virile quella che calcolandosi soltanto dal numero dei condividenti, è strettamente uguale per ciascun di loro, cotalchè si hanno tante parti, quante persone, *tot partes quot viri*. Gli eredi non saran sempre tenuti per parti uguali, ma per parti corrispondenti ai loro dritti ereditarî. Un tempo la estrema complicazione del sistema di successione, e le enormi difficoltà incontrate spesso nella determinazione delle parti dei varî eredi (vedi la spiegazione dell'art. 732 (655)) avean fatto decidere, che fino a che si determinassero tali parti, i creditori potrebbero perseguire ciascuno erede per la sua porzione virile (Pothier, cap. V, art. 3, § 2 infine). Sotto il Codice la semplicità del sistema adottato non permetteva tale anomalia; di più l'art. 1220 (1173) che regola specialmente la divisione dei debiti e crediti di una persona fra i suoi eredi, dichiara che costoro « non possono ripetere il debito, » o non sono tenuti a pagarlo, che per le » parti per cui sono obbligati come rap» presentanti il creditore o il debitore ». Osserviamo del resto, che nell'antico dritto questa eccessiva facoltà di perseguitare ogni erede per la sua porzione virile esisteva accidentalmente, mentre, se dovesse prendersi alla lettera il nostro articolo, essa sarebbe una regola generale ed assoluta. Gli è dunque certo che i compilatori usarono la espressione di *parte virile* per inavvertenza, e come sinonimo di *parte ereditaria:* il che è tanto vero che nello articolo 1475 (T) il Codice in due volte parla della porzione *virile* ed *ereditaria*.

Si potrebbe pretendere che questo dritto di perseguire gli eredi per una porzione virile, fino a che si determinino le loro porzioni, deve esistere ancora sotto il Codice nei casi eccezionali in cui la legge attribuisce i beni secondo la loro origine, essendocchè allora la parte di ciascheduno erede è nota fin dall'apertura della successione: come occorre nella riversione del donante (art. 747 (670)) ed anche nel caso della adozione (art. 351 352 (275 276)). Ma non ci pare da accogliersi siffatta idea. Il nostro articolo non distingue: dunque delle due cose l'una, o pigliare alla lettera le parole *porzione virile*, e allora oggi si applicherebbe sempre ed assolutamente la regola che un tempo si applicava in certi casi, ovvero riconoscere che queste parole significhino *parte ereditaria*, e allora questa antica regola non si applicherà mai.

381. Duranton (VI. 211) vuole che, essendovi un ascendente donante, i creditori possano perseguire per l'intero gli eredi ordinarî, astrazion fatta dallo ascendente, salva a quelli l'azione contro costui. Ma anche in ciò vi ha arbitrio. Erede della cosa donata è l'ascendente, e non già gli

altri successori; nissun testo permette di perseguitare costoro per la porzione dei debiti che sta a carico del primo.

Possono dunque i creditori, finchè non è fatta la divisione, rivolgersi insieme contro l'ascendente e gli altri eredi per la totalità dei crediti, salvo a domandare i danni ed interessi contro i convenuti, se essi prontamente non si mettano d'accordo. Eglino non potranno perseguitare il solo ascendente od anche un solo degli eredi, se non che lasciando al convenuto un termine affinchè facesse determinare la sua quota.

III. — 382. Del resto, la regola che ciascuno erede non può essere perseguito che per la sua parte ereditaria, non si applica ai debiti indivisibili (art. 1223 (1176)), e soffre anche molte eccezioni quando il debito è divisibile (art. 1221 (1174)). Ma non occorre qui sviluppare queste idee, che spettando alla materia difficile della divisibilità e indivisibilità delle obbligazioni, saranno studiate più avanti nel titolo delle *Obbligazioni*, nella sezione loro destinata dal Codice (art. 1217, 1225 (1170, 1178)). Una sola eccezione relativa al debito ipotecario dobbiamo qui annunziare perchè è stata prevista formalmente dal nostro articolo.

IV. — 383. Abbiamo detto sulla fine del n. I che si può essere tenuto ai debiti del defunto come possessore dell'immobile ipotecato ad essi, e allora vi si è tenuto per l'intero. Ma in questo caso non si può solamente perseguire l'erede per l'intero debito. ma ogni possessore dell'immobile, qualunque esso sia: il figlio naturale, il legatario o donatario universale, o a titolo universale, il donatario particolare (sebbene non contribuisca ai debiti). Nè solamente possono essere perseguiti i successori (universali o speciali) a causa di morte; ma altresì i successori fra vivi a titolo gratuito, o anche a titolo oneroso, come colui a cui il defunto innanti di morire avesse donato o venduto il fondo ipotecato, colui che l'avrebbe comprato dall'erede o dal legatario a cui era pervenuto.

Qualunque possessore infine d'un fondo ipotecato, per qualunque titolo e modo, è obbligato per questo solo fatto a pagare l'intero debito salvo la facoltà, non essendo tenuto personalmente, di rilasciare l'immobile al creditore onde farlo vendere. È questo un principio generale ed assoluto, per nulla speciale alla successione, e che avrebbe dovuto collocarsi una volta per sempre nel titolo *delle ipoteche* che era la sua propria sede, dove esso è proclamato dall'art. 2168 (2062). Il nostro articolo applica questo principio, dichiarando che l'erede è tenuto *ipotecariamente per l'intero* dei pesi ereditari, le quali parole significano semplicemente che l'erede è tenuto per l'intero, essendovi *ipoteca*, e non già che l'erede è tenuto per l'intero, sopra gl'immobili ereditari a lui pervenuti e di cui egli è possessore, a tutti i debiti della successione che sarebbero sempre ipotecari contro di lui, quando anche non lo fossero contro il defunto.

383 *bis*. Non pertanto questa idea ammessa senza contrasto da tutti gli scrittori, i quali non l'han creduto nemmeno meritevole di discussione, è stata vivamente combattuta nella pratica. — L'art. 1017 (971), dicesi, dà un ipoteca sopra gli immobile della successione ai legatari del defunto; come dunque non darebbe la legge questa stessa garenzia ai creditori del defunto più degni di favore che i legatari? Essa ha fatto, come doveva, nel nostro articolo 873 (794) con dire che gli *eredi sono tenuti* AI DEBITI (indistintamente a tutti i debiti), personalmente a misura della loro parte, e IPOTECARIAMENTE PER L'INTERO, del pari che l'art. 1017 (971) ci dice, proprio negli stessi termini, che *gli eredi sono personalmente tenuti al legato, ciascuno pro rata della porzione di cui partecipa nella eredità*, e IPOTECARIAMENTE PER L'INTERO. E come avrebbe potuto ammettersi che un creditore, il quale vivente il debitore avea per pegno tutti i di costui beni dal primo fino all'ultimo, possa vedere assottigliarselo per la morte del debitore, a tal punto che in un dato caso egli non potrebbe farsi pagare sopra uno immobile molto più considerevole del suo credito? Per esempio una eredità abbia un immobile di 10,000 franchi

e 10,000 franchi di mobili, due eredi, e un solo creditore di 4 o 5,000 franchi. Supponiamo che la divisione siasi fatta assegnando tutte le cose mobili ad uno erede, e l'immobile all'altro, e che il primo sia divenuto tosto insolvente: il creditore, se la legge non gli desse ipoteca sopra l'immobile sarebbe dunque condannato a perdere la metà, del suo credito, in faccia ad un fondo che valga il doppio, appartenente al suo debitore, e sopra di cui, se questi vivesse, potrebbe senza dubbio farsi pagare! Poteva la legge stabilire un tal risultamento, e ammettere che il pegno accordato al creditore sopra tutti i beni del debitore (art. 2092-2093 (1962-1963)) possa venir meno colla morte del debitore, e non ostante che abbia lasciato dei beni? Certamente il dritto e l'equità imponevano di dare al creditore una garenzia contro queste pericolose conseguenze della divisione dei debiti, e il nostro articolo 873 (794) accorda al creditore la ipoteca legale o se vuolsi il privilegio che l'art. 1017 (971) concede al legatario. Di più l'art. 2111 (1991) proclamerà più innanzi il dritto esclusivo che ogni creditore, come ogni legatario, può esercitare sopra gl' immobili della successione, avendo preso iscrizione dentro i sei mesi dell' apertura, dritto così energico che anche senza aver preso iscrizione dentro i sei mesi, resta sempre ipotecario ordinario, secondo i termini dell' articolo 2113 (1999). Del resto tale interpetrazione dell' art. 873 (794) è stata sanzionata da una decisione della Corte suprema, che formalmente proclama « *La indivisibilità ipotecaria che*, indipendentemente dall' obbligo personale dell' erede al debito del suo autore, a misura della sua porzione, *risulta* contro questo medesimo erede, *dal possesso di un immobile della eredità* (9 gennaro 1827) ».

Ma tuttocciò, è inesattezza e confusione. Bisognava senza dubbio proteggere il creditore dagli effetti sinistri che in certi casi potrebbe produrre la morte del debitore, e il Codice l'ha fatto non nel nostro articolo, ma nello articolo 878 (798) permettendogli di far pronunziare la separazione dei patrimoni, per divenire così creditore privilegiato sopra tutti i beni mobili e immobili della successione. Il quale mezzo di sicurtà non è meno equo che energico, mentre quello invocato di sopra lo sarebbe poco, dacchè ci presenterebbe lo strano spettacolo di un creditore, il quale non avendo badato a prevenire, come glielo permetteva l'articolo 878 (798), la insolvibilità di uno degli eredi, facesse risentire le conseguenze della sua negligenza all'altro erede; obbligato a pagare e la sua e la parte dell' insolvibile. La legge dunque offre un privilegio ai creditori ereditari nello articolo 878 (798) e non dà affatto ipoteca nel nostro. Essa accorda loro un privilegio, di cui si occupano gli articolo 2111 e 2113 (1997 e 1999), i quali anzichè sostenerla condannano chiaramente la idea contraria; perchè da una parte lo art. 2111 (1997) non si riferisce al nostro articolo 873 (794) ma all'articolo 878 (798); e dall'altra, se al nostro si riferisse non si tratterebbe dunque che d'una *ipoteca*, e quindi l'articolo 2111 (1997) non potrebbe dire che con la iscrizione da esso voluta, i creditori conserveranno il loro *privilegio*, come l'art. 2113 (1999) non potrebbe aggiungere, che mancando la iscrizione, il privilegio si tramuterebbe in ipoteca.

L'argomento tratto dall'art. 1017 (971) non ha alcun valore, concedendo esso la ipoteca ai legatari, perchè essa era loro data dal dritto romano e dal nostro antico dritto, la di cui disposizione (che del resto è stata mal compresa), è stata riprodotta dal Codice, mentre questa ipoteca non è stata mai data al creditore. La contraria dottrina si confuta con soprabbondanza, e quattro volte per una, e da tutti insieme i nostri art. 870 a 876 (791 a 796) e dagli articoli 1220-1221 (1173-1174) e dai precedenti del Codice, e dai lavori preparatori. Scorgesi chiaramente dallo esame dei testi, che nei sette articoli di cui il nostro forma propriamente il mezzo, il legislatore ravvisa costantemente, in faccia all'obbligazione semplice e puramente personale, quella garentita da un ipoteca contro il defunto. Parimente

gli articoli 1220 e 1221 (1173 e 1174), proclamato il principio che l'erede non è tenuto che per la sua parte, indicano come eccezione il caso, che l'erede possedesse un fondo ereditario *ipotecato al debito*, mentre nel sistema soprariferito dovrebbe dirsi *un qualunque fondo* ereditario, essendo tutti i fondi ipotecati per la morte del debitore. Se ricorriamo a Pothier, ordinaria guida dei compilatori del Codice, vi osserviamo, che un erede può essere perseguito ipotecariamente non già da tutti i creditori della eredità, e in ragione del possesso di tutti gl'immobili di essa, ma soltanto « dai creditori *ipotecarì* » della successione, che hanno l'azione ipo- » tecaria contro l'erede, il quale possiede » qualche immobile ereditario sottoposto » alla loro ipoteca (1) ». Era parimente questa la disposizione della consuetudine di Parigi, la quale dopo aver detto che gli eredi erano tenuti ciascuno per la propria parte, aggiungeva : « nondimeno se sono possessori di fondi stati ipotecati al debito del defunto, ciascuno è tenuto a pagare l'intero, salvo il suo regresso « articoli 332 e 333 ». In fine i lavori preparatori presentano ovunque la stessa idea: vi si spiega specialmente, che « l'erede è tenuto ipotecariamente per l'intero, cioè che i creditori *ipotecarì* possono esercitare tutti i loro dritti, *perchè l'ipoteca è indivisibile* , *nè può essere distrutta o smembrata per la mutazione di proprietà* (2) ».

Così la decisione della Corte di cassazione del 1827, se ha veramente il senso che pare (il che può esser dubbio per il laconismo, onde i fatti son riferiti) non è che una cattivissima decisione, contraddetta virtualmente da altre della stessa Corte (3).

V. — **384.** Quando un debito ereditario è stato pagato in tutto o in parte da chi non dovea pagarlo, o pagarne solamente una menoma porzione, egli ha un'azione, come era ragionevole, contro coloro, che sono stati da lui liberati. Questo vien dichiarato dalla fine del nostro articolo riguardo all'erede.

Così, quando l'erede, come continuatore della persona del defunto, è stato costretto pagare al di là della parte che dovea contribuire, egli ha una azione contro tutti coloro che dovendo contribuire non hanno nulla pagato, o non quella parte che dovea ognuno contribuire, per farsi ristorare di quel che ha dato al di più della propria parte. Per modo di esempio , se un erede unico, essendovi due legatarî a titolo universale ognuno per un quarto, è stato costretto come solo rappresentante del defunto, a pagare per intero un debito , egli potrà domandare da ciascuno dei due legatarî un quarto di esso. Se in faccia a questi due legatarî vi fossero due eredi che avessero pagato ciascuno la metà del debito, ciascuno di loro non dovrebbe rivolgersi contro ciascun legatario che per un ottavo.

Similmente, se per effetto dell'ipoteca un solo erede ha pagato tutto il debito , egli ha una azione contro tutti coloro che debbono contribuire, eredi, successori irregolari, legatarî universali.

Ma fin dove estendesi allora tale azione? Sarà essa contro ciascuno che deve contribuire in proporzione della sua parte solamente, o della porzione per cui egli poteva essere perseguito, salva l'azione che potrebbe a sua volta competergli? In che modo, con quale estensione si eserciterà tale azione, quando per effetto della ipoteca lo intero debito è stato pagato da tale che dovea contribuire, e non era erede , o anche da un successore particolare che non dovea quindi contribuire? La risposta a queste tali quistioni sarà argomento dei due seguenti articoli.

874 (T). — Il legatario particolare che ha estinto un debito di cui era aggravato il fondo legato , entra nelle ragioni del creditore contro gli eredi e successori a

(1-2-3) Pothier (*Succ.*, cap. 5, art. 4); Fenet (XII, p. 206); Cassaz., 26 giugno 1820; Cassaz., 5 giugno 1831; Rig., 15 giugno 1834 (Dev., 31, 1, 421; 35, 1, 123).

titolo universale.

875 (795). Il coerede o successore a titolo universale, che, in forza d' ipoteca ha pagato un debito comune oltre la sua parte, non ha regresso contro gli altri coeredi o successori a titolo universale, fuori che per quella parte che ciascheduno di essi deve personalmente sostenere, quand'anche il coerede che ha pagato il debito, si fosse fatto surrogare nei diritti dei creditori; senza pregiudizio però delle ragioni di un coerede il quale, in forza del beneficio dell'inventario, avesse conservata la facoltà di ripetere, come qualunque altro creditore, il pagamento del suo credito personale.

SOMMARIO

I. Come si esercita l'azione, quando chi ha pagato il debito non era uno di quelli che doveano contribuire.—Che cosa sia la surrogazione. Rimando.

II. Quid e chi ha pagato sia di quelli che doveano contribuire..

III. Seguito. Censura della dottrina di Chabot e di Toullier.

I.—385. Quando è stato pagato un debito ereditario dal possessore di un immobile a quello ipotecato, onde stabilire dove estendesi l'azione di costui, fa uopo conoscere se egli sia o pur nò di quelli che dovevan contribuire al pagamento.

Se il possessore è estraneo all'obbligo della contribuzione p. e. un legatario particolare (art. 874 (T)) ovvero un erede beneficiato (art. 875 (795 in fine)) o un compratore, un donatario, o qualunque altro estraneo alla successione, egli è pienamente surrogato nei dritti del creditore già da lui pagato, secondo l'art. 1251-3 (1204-3) dichiarante che evvi surrogazione di pieno dritto a vantaggio di colui che essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, avesse interesse di soddisfarlo.—In conseguenza, essendovi due immobili ipotecati, egli potrà, siccome lo avrebbe potuto il creditore, perseguire, per la totalità del debito qualunque possessore di uno di quelli.

La surrogazione non fa continuare, come spesso s'insegna, *il credito primitivo* in vantaggio del novello creditore. La surrogazione, come vedremo più innanti, non è altro se non che l'attribuzione delle *garantie* dello antico credito *ad un credito novello* risultante da una gestione di negozi. Ma colui che ha pagato il debito ipotecario a cui non era personalmente tenuto, si reputa dalla legge come se avesse fatto il negozio, non solo di quelli che eran tenuti al debito personalmente ma bensi di quelli che dovean pagarlo pei debitori (come i terzi possessori); ed egli ha quindi una azione contro di loro. Questo caso preveduto dell'art. 874 (T) e dalla fine dell'art. 875 (795) sarà meglio compreso con le spiegazioni che daremo intorno alla surrogazione sotto gli articoli 1236 e 1252 (1189 e 1205).

II.—386. Quando il debito ipotecario è stato pagato da uno dei successori universali, da uno di coloro che dovean contribuire, questi è anche surrogato al creditore, ed ha necessariamente una azione contro i suoi consuccessori per ciò che eccede la sua rispettiva porzione; ma è ridotto a perseguitare tutti coloro che debbon contribuire, e a domandare separatamente da ciascuno la loro rispettiva parte, non potendo domandare da ciascun erede tutta la porzione a cui può esser tenuto, siccome rappresentante la persona del defunto.

La differenza fra chi deve contribuire, e chi nò, mira a schivare un inutile cerchio di azioni, e a fermare il principio di reciproca garentia stabilito fra i consuccessori dall'articolo 884 (804). Così p. e. essendovi due eredi e due legatari, ciascuno per un quarto dei beni, se uno degli eredi ha pagato un debito di 12,000 franchi, egli eserciterà la sua azione per

3,000 franchi contro ciascuno degli altri tre; non potrà domandare al coerede, quand'anche fosse pure possessore di un immobile ipotecato al debito, la metà per cui il coerede rappresenta il defunto. In vero, se egli potesse da lui pretendere 6,000 franchi, questi dovrebbe poi domandare 1,500 franchi da ognuno dei due legatari, mentre l'erede che ha pagato il debito, dovrebbe anche domandar loro altrettanta somma. Ora a che questo incrociamento di molteplici azioni? Quando colui che ha tutto pagato, non è di quelli che dovean contribuire, giova non costringerlo in tal modo ad esigere da ciascuno la rispettiva parte, e lasciare che domandi a questo o a quello una parte maggiore: perchè, se uno di quelli che debbono contribuire fosse insolvibile, questo dritto di domandare ad alcuni (agli eredi) oltre la loro rispettiva parte, potrebbe per lui divenire un mezzo onde non perdere la parte dell'*insolvibile*. Ma allorchè colui che ha *pagato* è di quelli che debbono contribuire, uno dei condividenti, il principio di garenzia stabilito fra loro, per cui la parte dello insolvibile viene ripartita fra tutti, renderebbe inefficace quel mezzo.

Difatti supponiamo quattro successori, dei quali due eredi e due legatari a titolo universale. Essendo insolvibile uno di quest'ultimi, il possessore che non dee contribuire, ed ha pagato il debito, potrà nondimeno ricuperare la intera somma perseguitando i due eredi, ciascuno per la metà. Al contrario, se colui che avesse in pari caso pagato il debito, fosse uno di quelli che debbon contribuire, a che servirebbe che *egli si facesse* restituire lo intero dai due eredi, dovendo poi, in conseguenza della reciproca garenzia, sostenere, come gli altri condividenti, la sua parte della insolvibilità?

Gli è chiaro, che egli giungerà allo stesso fine perseguitando ciascuno solamente per la rispettiva parte, e facendo inoltre pagar loro in proporzione la parte dell'insolvibile (art. 884, 885, 876 (804, 805, 796)).

Gli era dunque ben naturale che si accordasse direttamente l'azione per la parte che deve ciascuno contribuire. — A ciò provvede il nostro articolo, dichiarando che il successore universale, il quale paga anche al di là della sua parte, non abbia azione contro i suoi consuccessori universali, che per la parte che ciascuno di loro dee sostenerne (e non per quella a cui è tenuto).

L'articolo dice che sarebbe così, quando anche colui che ha pagato il debito, si fosse fatto surrogare nei dritti del creditore. E in vero la surrogazione convenzionale non può partorire effetti diversi della surrogazione legale: essa non potrebbe far venir meno l'obbligo di reciproca garenzia, nè permettere quindi che si perseguiti ciascun successore per una parte maggiore di quella che deve contribuire.

387. Abbiamo già detto, che uno di coloro che debbon contribuire, può essere costretto pagare l'intero debito per altre cause diverse dal possedere l'immobile ipotecato, le quali saranno spiegate più innanzi nella materia della obbligazioni indivisibili (art. 1215-1225 (1168-1178)). Ora gli è evidente che in questi vari casi si applicherebbe sempre la regola del nostro art. 871 (702). In tutti i quali casi il successore universale che ha pagato, viene surrogato *ipso jure* nei dritti del creditore contro i suoi consuccessori (art. 1251-3 (1204)); ma, siccome evvi sempre la reciproca obbligazione di garenzia, egli non potrebbe agir sempre contro i suoi consuccessori, che per la porzione, che ciascun di loro deve contribuire.

III. — 388. Si è preteso che un erede avesse il dritto di perseguire in due casi, ipotecariamente e per l'intero uno dei suoi consuccessori, ma non potremmo accogliere questa idea.

I due casi sono: 1° quando un erede fosse in pari tempo legatario (con precapienza, perchè senza ciò il legato rimarrebbe inefficace per l'obbligo della collazione) di un immobile ipotecato al debito, e pagasse l'intero debito, come possessore dell'immobile legato; 2° quando un erede fosse propriamente il creditore primitivo del debito ipotecario.

Così, Pietro lascia quattro o cinque successori universali, uno dei quali, Primo, è

IV. Per gl'immobili si estingue altresì con la alienazione. Ma non ha più luogo per gli aventi dritto che non prendono iscrizione, dentro i sei mesi dall' apertura, o essendovi stata alienazione dentro i quindici giorni dalla trascrizione. Una tarda iscrizione non è inutile, procurando un' ipoteca, *in luogo del* privilegio *di separazione.*

V. La alienazione stimasi perfetta pei mobili o gl'immobili quando se n'è pagato il prezzo.

VI. La separazione non fa nascere alcuna preferenza fra i creditori ereditari o i legatari; essa non produce effetto che per loro rispetto ai creditori dell'erede.

VII. Il privilegio non si applica ai beni conferiti.— Giova agl'interessati domandarla pure, quando vi è stata accettazione col beneficio.

I. — 391. Sotto l'art. 802 (719) abbiamo osservato, che l'erede (tuttochè accetti tal qualità per invocarne il beneficio, se occorre) può sospendere al presente gli ordinarî effetti della accettazione, cioè la trasformazione legale della sua persona in quella del defunto, e la confusione dei due patrimonî; cotalchè restano separate le due masse di beni, come se il defunto vivesse ancora. Or questo dritto accordato all'erede di mantenere separati i due patrimonî, è ugualmente attribuito ai creditori dal nostro art. 878 (798) ed esteso ai legatarî dall' art. 2111 (1997). Così, siccome l'erede può ottenere la separazione dei patrimonî, quando teme che la successione gli rechi maggiori debiti che beni; così i creditori e i legatarî possono pur domandarla, quando temono che l'erede abbia più uscite che entrate, e che la confusione dei due patrimonî in uno sminuisca la somma che essi debbono ricevere sopra i beni lasciati dal defunto.— Così, se il defunto lascia 60,000 fr. di beni, e 50,000 di debiti, e l' erede al contrario abbia una entrata di 20,000 fr., ed una uscita di 50,000, la confusione dei patrimonî non darebbe a tutti i creditori o ereditari, o dell'erede che l'80 %; mentre la separazione dei patrimonî darebbe ai creditori ereditarî un'entrata più che bastevole per lo intero pagamento dei loro crediti. Supponendo noi che il defunto lasci 30,000 franchi di beni, e 50,000 di debiti, la separazione sarà pure utile ai creditori ereditarî, assicurando loro il 60 %; mentre la confusione produrrebbe nell'intero un'entrata di 50,000 franchi ed un'uscita di 100,000, cioè il 50 soltanto %.

392. Tal separazione, secondo l'articolo 878 (798), può domandarsi in tutti i casi, tanto per un credito o un legato a termine, o anche sotto condizione, che per un credito o un legato puri e semplici. Se non che, siccome nel caso di condizione v'è una semplice speranza (non essendo certo che il dritto si effettuirà) nulla impedirebbe che l'erede o i suoi creditori, prendessero il valore che forma l'oggetto di questo dritto eventuale, somministrando valida cauzione di restituirlo più tardi, compitasi la condizione.

II. — 393. Ma in quanto tempo a contare dall'apertura della successione, e con quali condizioni può ottenersi la separazione dai creditori e legatarî? Essa non può esserlo dapprima, quando i creditori o i legatarî vi abbiano rinunziato esplicitamente o implicitamente, col consentire di avere, in vece del defunto per lor debitore lo erede, in cambio di riserbarsi il dritto di aver sempre per debitore il defunto medesimo, ossia la successione di lui. Ciò vien dichiarato dall'art. 879 (799), con dire che il dritto non può essere più esercitato quando vi è stata novazione del credito (1).

Il conoscere da quali circostanze potrà

(1) Chiamasi *novazione* il cambiamento, la trasformazione di un obbligo in altro che stia invece dell'antico; la novazione può eseguirsi col cambiamento della cosa dovuta, o del debitore, o del creditore (art. 1271 (1223)).

Nel caso del nostro articolo, potrebbesi sostenere che non vi possa essere novazione. Difatti la cosa data resta la stessa, come anche il creditore; e quanto al creditore, gli è rigorosamente vero in dritto ch'esso non cambia nemmeno; perchè l'erede, accettato per debitore dal creditore, non è in dritto che il continuatore della persona del de-

risultare tal novazione, tal rinunzia tacita, è un punto di fatto lasciato all'arbitrio dei giudici ai quali spetta esaminare le circostanze di ciascuno affare, e decidere se manifestino il pensiero di accettare l'erede personalmente per loro unico debitore.

III. — 394. Se non che il dritto può perdersi dai creditori senza alcuna loro rinunzia. Bisogna qui distinguere fra i mobili e gl' immobili.

Pei mobili il dritto si prescrive, quando non è stato esercitato dentro i tre anni dall' apertura della successione. Ma se non può mai durare più di tre anni, non dee credersi che toccherà sempre questo periodo. E dapprima, esso si estinguerebbe con la alienazione che l' erede farebbe dei suoi mobili; il che è evidente, o secondo l' art. 1279 (1233) (il quale vuole, che il possesso di una cosa mobile ne trasferisca immediatamente la proprietà, quand' anche *il* cedente non ne fosse *proprietario,* purchè la cosa non sia nè perduta nè rubata), o secondo il nostro art. 880 (800). Difatti l' articolo dichiara prescritto il dritto pei mobili dopo tre anni, quando anche fossero ancora presso l'erede, mentre per gl' immobili lo lascia sussistere anche dopo quel termine, finchè l' erede li possiede. La legge dunque dà maggior favore agli immobili che ai mobili; ma se la alienazione produce la decadenza per quelli, *a fortiori* deve produrla pei mobili. Il dritto potrebbe anche estinguersi, per quanto riguarda i mobili, senza alcuna prescrizione o alienazione. Gli è chiaro che l' esercizio non potrebbe aver luogo se si fossero confusi i mobili del defunto con *quelli* dell' erede. I creditori e legatari adunque dovranno, se vogliano assicurare il loro dritto quanto ai mobili, fare distendere senza indugio l'inventario, e chiedere una cauzione tanto per le cose mobili che vi saranno comprese, che pei denari contanti; in mancanza di cauzione dovranno esigere che i mobili fossero venduti, e il loro prezzo, siccome il danaro trovato nella eredità, fosse depositato nella cassa dei depositi (analogia dell' art. 807 (726)).

IV. — 395. Per quanto riguarda gl' immobili, il nostro art. 880 (800) dice che il dritto potrà esercitarsi, finchè saranno presso gli eredi, ma sotto una condizione che non indica e che sarà dichiarata più tardi dall'art. 2111 (1997), cioè: che si prenda iscrizione sopra gl' immobili all'ufficio del conservatore delle ipoteche dentro i sei mesi dall' apertura della successione.

Questa iscrizione innanzi di spirare i sei mesi è dunque necessaria, o per mantenere la separazione precedentemente ottenuta, o per ottenerla dopo. Presa la iscrizione nel termine utile, la separazione, non ottenuta prima, può esserlo dopo in qualunque tempo, purchè gl' immobili sieno sempre presso l' erede.

396. Molti autori intanto professano una contraria dottrina, insegnando che l' articolo 2111 (1997) annulla la disposizione del nostro art. 880 (800) relativa agl' immobili, e che per questi la domanda di separazione, come anche la iscrizione, deve farsi prima dei sei mesi, finchè essi sono presso l' erede. Ma è questo un errore rigettato da Delvincourt, Vazeille (n. 18) e Troplong (*Ip.*, n. 325). I due art. 880 e 2111 (800 e 1997) non presentano affatto quella opposizione che si è creduta scorgere. L' art. 2111 (1997) vuole che si prenda iscrizione dentro i sei mesi; l' articolo 880 (800) prescrive che la domanda di separazione si faccia mentre gl' immobili sono ancora presso l' erede; due condizioni perfettamente distinte ed entrambe facilmente applicabili.

Così, presa l'iscrizione nel termine utile,

funto, cotal che non è un novello debitore. Ma se va così la cosa parlando assolutamente, si può dire che sia altrimenti, e che veramente si faccia novazione col cambiamento del debitore riguardo ai principii della separazione dei patrimonî. Difatti un creditore che può rimaner creditore del *defunto*, della *successione*, consente a divenirlo dell'erede. Prendendo per debitore l' erede (che egli accetta come unico proprietario dei patrimonî insieme confusi); mentre potrebbe conservare per debitrice la *successione* (col suo patrimonio distinto da quello dell' erede) gli è dunque vero che vi sia novazione per cangiamento di debitore.

la separazione può domandarsi ed ottenersi, finchè lo erede non abbia alienato, ma non potrebbe esserlo dopo l'alienazione, quand' anche questa fosse avvenuta dopo la iscrizione. Invocherebbesi invano l'articolo 2116 (2002) il quale accorda ai creditori iscritti sopra un immobile prima di essere alienato, la facoltà di perseguitarlo pertutto onde esercitare il loro dritto contro tutti i possessori della cosa.

Questo articolo non è fatto per la separazione dei patrimoni; esso non si applica che ai creditori, *i quali abbiano un privilegio iscritto* sopra l'immobile; ora i creditori di cui parliamo non eran privilegiati al tempo dell'alienazione; ma avevano solamente una iscrizione per un futuro privilegio che dovea far nascere una domanda posteriore. La quale non potendo più farsi utilmente, quando si è alienato l'immobile, il privilegio non può più nascere, e diviene inutile la iscrizione. In breve, i creditori ereditari dovean compiere due condizioni: 1° prendere iscrizione dentro i sei mesi dall'apertura, e lo hanno fatto; 2° ma altresì, e soprattutto chiedere la separazione, mentre gl' immobili erano ancora presso l' erede, e ciò non fatto non possono più farlo, essendovi alienazione.

Il loro privilegio adunque non può aver più luogo, essendone essi decaduti.

Viceversa, se la separazione si fosse ottenuta ma non iscritta mentre l' erede possedeva gl' immobili, ed egli li alienasse dopo, potrebbe la iscrizione prendersi sempre efficacemente non ostante l' alienazione, finchè i sei mesi non sieno corsi.

L' articolo 2111 (1997) stanzia per il caso che l' immobile sia al presente presso l' erede. Diversa è la regola della iscrizione a prendersi nel caso della alienazione: essa è scritta nello art. 834 (917) Cod. proc. civile, il quale vuole che tutti i creditori che abbiano privilegio o ipoteca sopra l' immobile venduto dal loro debitore si iscrivano, volendo conservare i loro dritti, dentro ai 15 giorni che seguono non l' alienazione, ma la trascrizione, che farebbe l' acquirente del suo acquisto. Così, per quanto concerne la iscrizione 1° essa può esser presa sopra gl' immobili che sono al presente presso l' erede, dentro ai sei mesi dall'apertura, e tanto prima che dopo domanda di separazione; 2° sopra gl' immobili venduti dentro ai sei mesi, essa può esserlo nei quindici giorni dopo la trascrizione, purchè la domanda di separazione sia precedente alla alienazione.

397. È necessaria un' ultima osservazione riguardo alla iscrizione, cioè, quando essa non si prende nel termine richiesto, i creditori e i legatari che han lasciato sfuggire (quanto agl' immobili) il privilegio di separazione, non sono decaduti da qualunque mezzo per vincere i creditori o almeno alcuni creditori dell' erede. Gli è vero che vi è già confusione dei patrimoni (sempre quanto agl' immobili, perchè qui si tratta di essi) cotal che tutti sono caduti nel grado dei creditori personali dell' erede; non v' è che una sola massa di beni, un solo debitore, una sola classe di creditori; ma coloro che aveano dritto sulla successione, e ai quali era consentito il privilegio della separazione, godono ancora di una *ipoteca*, che possono vivificare iscrivendosi in qualunque tempo, come avrebbero vivificato il privilegio, iscrivendosi dentro ai sei mesi dall' apertura. Questa è la disposizione dell' art. 2113 (1999). Diciamo iscrivendosi in qualunque tempo, perchè supponiamo che gl' immobili sieno sempre presso l' erede; dacchè si è veduto che il caso di alienazione è sottoposto alla regola speciale dello articolo 834 (917) Codice procedura, il quale vuole che allora la iscrizione sia fatta al più tardi nei quindici giorni dopo la trascrizione, così per le ipoteche che pei privilegi.

Dunque, siccome per una alienazione fatta prima dei sei mesi, i creditori e i legatari iscrivendosi dentro i quindici giorni dopo la trascrizione, conserverebbero il loro privilegio di separazione (domandato prima della alienazione); così per una alienazione fatta dopo i sei mesi passati senza iscrizione (o per una alienazione fatta prima

dei sei mesi, ma altresì prima della domanda di separazione) essi conserverebbero il loro privilegio con questa stessa iscrizione dentro i quindici giorni.

La ipoteca risultante da questa tarda iscrizione, differisce molto dal privilegio che avrebbe assicurato la iscrizione presa in tempo utile. Il privilegio conservando due patrimoni, due debitori, e due classi di creditori, avrebbe fatto andare i creditori della successione, compresi i legatari, prima di *tutti i creditori* dell'erede, quali che si fossero. Al contrario, la ipoteca lasciando i creditori della successione semplici creditori dell'erede, non li farà preferire che ai creditori chirografari o agli ipotecari che abbiano iscrizione posteriore alla loro. In breve, vi sarà allora una sola classe di creditori aventi tutti il medesimo debitore, fra i quali, come in qualunque altra circostanza, si chiameranno, 1° i privilegiati se ve ne sono, 2° gl'ipotecari (fra i quali i *creditori* ipotecari o legatari tardamente *iscritti*) ciascuno secondo la data della iscrizione della sua ipoteca, 3° infine, i creditori chirografari.

V. — 398. Abbiamo detto che il dritto di domandare la separazione si estingue pei mobili e gl'immobili con la alienazione dei beni ereditari; ma la alienazione non si compie, e la estinzione del dritto non ha effetto, che quando si è pagato il prezzo: se tuttavia il prezzo è dovuto, si sarebbe anche in tempo di domandare la separazione.

Non potrebbe esser dubbio sul proposito lo spirito della legge, essendo domandata la separazione dei patrimoni dai creditori, ed autorizzata dalla legge, nel fine di far vendere i beni ereditari per pagarsi sul prezzo. Allorchè dunque il prezzo è tuttavia presso gli acquirenti, e non si è confuso col patrimonio dell'erede, nulla è d'impedimento che si accordi il beneficio della separazione. Quando si vede la legge nello art. 747 (670) sostituire ad una cosa il prezzo che n'è ancora dovuto, in vantaggio dell'ascendente donante, cioè di uno che ha dritto e desidera principalmente di prendere la cosa la ispecie, come dubitare che non sia questo il suo pensiero, a *fortiori*, trattandosi di creditori, cioè di persone che possono aver dritto al solo prezzo, e non mai alla cosa?

Di più questa decisione ammessa dagli antichi e moderni scrittori è stata confermata da molte decisioni (1). Senza dire che la domanda potrebbe similmente farsi, non ostante la alienazione dei beni, se con una azione di nullità, di rescissione, ecc., i creditori potessero farla dichiarare come non avvenuta, e far rientrare i beni in potere dell'erede.

399. Così, e riassumendo qui il num. V, e i tre precedenti, diremo, che ad esercitare il privilegio bisogna:

Quanto ai mobili, — che i creditori ereditari non abbiano accettato l'erede per lor debitore personale; — che non si sieno confusi di fatto i mobili ereditari con quelli dell'erede, — che i mobili ereditari non sieno per anco venduti, o che il prezzo ne sia tuttora dovuto, o che esista qualche azione di nullità della vendita; — in fine che non sien corsi più di tre anni dall'apertura della successione.

Quanto agl'immobili. — che i creditori non abbiano accettato l'erede per debitore personale; 2° che i beni non sien venduti o ne sia ancora tuttora dovuto il prezzo, o esista un'azione di ricuperamento; — che i creditori prendano iscrizione dentro ai sei mesi dall'apertura se non ci è alienazione, o in caso contrario, dentro ai quindici giorni dalla trascrizione dello acquirente.

VI. — 400. La separazione, secondo l'articolo 878 (798), è richiesta contro qualunque creditore personale dell'erede. Così tutti i creditori del defunto e i suoi legatari precederanno qualunque creditore, anche ipotecario o privilegiato dello erede. Il che è semplicissimo, perchè questo beneficio consiste propriamente nel dividere

(1) Rig., 8 settembre 1806; Cass., 17 ottobre 1809; Rig., 27 luglio 1813; Poitiers, 28 gennaro 1823; Grenoble, 7 feb. 1827; Cassaz., 26 giugno 1828.

i beni della successione risponsabili dei pesi ereditarî, da quelli dell'erede risponsabili dei pesi di lui. Vi sono allora due debitori, ciascuno dei quali ha i suoi proprî creditori: da una parte, la successione che paga i legatarî e creditori del defunto; dall'altra, l' erede che paga i suoi creditori personali. Gli è dunque evidente che il meno favorevole degli aventi dritto sulla successione rimuoverà dai beni ereditarî i creditori più favorevoli dello erede. — Ma a ciò si riduce il privilegio: esso impedisce che si confondano insieme il patrimonio ereditario e quello dell'erede; ma non reca alcun cangiamento nei rapporti dei creditori della eredità, nè stabilisce alcuna preferenza dell' uno su l' altro.

Questi creditori restano sempre fra loro rispetto alla successione, ciò che erano rispetto al defunto: i privilegiati godono sempre del loro privilegio, e vanno i primi secondo la natura più o meno favorevole dei loro crediti (art. 2095, 2096 (1965, 1966)); gl'ipotecarî conservano la loro ipoteca e vengono dopo, ciascuno secondo la data della propria iscrizione (art. 2134 (2020), seguono appresso i semplici chirografarî; e in fine in quarto grado i legatarî quando tutti i creditori sono stati soddisfatti.

Nè la separazione dei patrimonî apporta alcun novello dritto a colui che l'ottiene, quand'anche il beneficio non si effettuasse che per uno o alcuno di quelli che potevano domandarla.

Togliamo un esempio.

Si apre una successione di un' entrata di 40,000 franchi e di un' uscita di 60 mila per tre crediti chirografarî ognuno di 20,000; la successione è accettata da uno erede che ha pure 60,000 franchi di debiti e soli 15,000 di entrata. Se la separazione non è domandata da alcuno, e i due patrimonî si confondono per intero, vi sarà una sola massa di beni ascendenti a 60,000 franchi, e gravata di 120 mila di debiti, per modo che ciascun creditore avrà metà del suo credito, il 50 per 100. Se, al contrario, i tre creditori del defunto fan pronunziare la separazione, essi si divideranno ugualmente i 40 mila franchi dell' eredità, e riceveranno così tre quarti dei loro crediti, il 75 per 100. Che se due soltanto dei tre creditori ereditarî ottengano la separazione (o perchè il terzo non l' ha domandato, o perchè 45 mila franchi di entrata consistono in uno immobile, ed il terzo non ha curato di prendere iscrizione) questi due creditori non potranno perciò domandare la integrità dei loro crediti, nè potranno dire, che hanno dritto di prendersi i 40,000 franchi loro dovuti, offrendone la successione 45,000, e che sono i soli creditori di essa.

Questa pretensione sarà rigettata: la separazione non ha, nè può aver di mira che assicurare a quelli che l'ottengono la somma che avrebbero avuto, se vivesse ancora il defunto, ma non di più. Domandando la separazione contro i creditori dell' erede, i creditori ereditarî possono domandarla ed ottenerla, onde evitare il danno, che loro produrrebbe il confondersi dei due patrimonî! Essi non possono quindi ottenerla, che per ciò che doveano avere in fatto nel patrimonio del defunto, e non per tutto ciò che loro era dal defunto dovuto; la somma che ciascun creditore dovea aver in fatto, 15,000 franchi nella nostra specie, è dunque la sola, che con la separazione possa conseguire; quel che eccede tal somma resta patrimonio dell' erede, e diviene con gli altri beni il pegno dei suoi personali creditori. Senza dire che quello dei tre creditori che non abbia ottenuto la separazione, sarebbe annoverato fra i creditori personali dell'erede, e dividerebbe con essi i beni di lui, accresciuti di quella parte di successione, per cui non ha avuto effetto la separazione. Così i due creditori che hanno ottenuto la separazione, prenderanno ciascuno 75 per 100, cioè 30,000 per loro due, come se la separazione fosse avvenuta per lo intero, e il terzo creditore avesse preso gli altri 15,000; poi i 15,000 di beni propri dell' erede insieme ai 15,000 provenuti dalla successione, saran distribuiti in proporzione fra tutti gli altri creditori, i quali così riceveranno 30,000 franchi, in vece degli 80,000 loro dovuti, cioè il 37 per 100.

VII. — 401. Quando una successione è stata accettata col beneficio, potrebbesi credere a primo aspetto, che non occorra ai creditori ereditarî domandar la separazione dei patrimonî, esistendo essa per effetto dell' accettazione beneficiata. Gioverà allora nondimeno farla pronunziare e iscriversi in tempo utile.

Difatti gli è vero, che la separazione derivante dal beneficio dell' inventario produce i medesimi effetti di quella domandata dai creditori; ma deve allora temersi, che l' erede non decada da tal beneficio (articolo 800 e 801 (717 e 718)), il che farebbe venir meno la distinzione dei patrimonî con la causa che la produceva.

I creditori dunque dovranno far pronunziare in nome loro, e assicurare col compimento delle legali condizioni, la separazione che già risulta dal beneficio dell' inventario, affinchè se venisse meno quest' ultima causa, la separazione si mantenga *sempre* in forza dell' altra causa, che è la *domanda* formale dei creditori. Nè basterebbe trarre argomento dall' art. 2146 (2040) per pretendere che quando evvi accettazione col beneficio, non sarebbe permesso ai creditori prendere la iscrizione richiesta per gl' immobili dall' art. 2111 (1997).

Gli è vero che l' art. 2146 (2040) dichiara senza effetto, quando v' è accettazione col beneficio, qualunque iscrizione di un creditore creditario dopo l' apertura della successione; ma questo articolo non riferiscesi affatto alla iscrizione richiesta per la separazione dei patrimonî. Ecco il pensiero dello art. 2146 (2040).

Quando una successione è accettata col beneficio. non vi ha chi rappresenti il defunto, e ne continui la persona, e quindi non occorre imprimere alcuna modificazione al suo patrimonio già senza padrone; qualunque alienazione o concessione di dritti nuovi non può avere omai più luogo : le cose devono invariabilmente restare nello stato in cui erano al tempo dell'apertura. Avviene lo stesso nel caso di un fallimento. Adunque in questi due casi i creditori del fallito o del defunto non possono acquistare più alcuna preferenza l'uno rispetto all' altro , nè può nascere fra loro alcun privilegio od ipoteca; tutti restano coi dritti che prima avevano; e siccome con la iscrizione si ravvivano il privilegio o l'ipoteca, non può essere più presa alcuna iscrizione che tenda a sconcertare i rapporti dei creditori fra loro.

Questa regola, come si vede, non potrebbe impedire la efficacia della iscrizione , che tende a conservare il beneficio della separazione dei patrimonî , il quale non turba per nulla i rapporti dei creditori ereditarî fra loro, ed ha per solo effetto di farli andare innanzi ai creditori personali dell'erede.

402. Del resto, la separazione dei patrimonî non può applicarsi ai beni che vengono agli eredi per effetto della collazione. Difatti essa tende soltanto ad impedire che si confonda il patrimonio del defunto con l'altro dello erede, e a mettere quello da banda; ora i beni donati (che sono i soli conferibili) sono fuori del patrimonio, e se vi ritornano, non è che rispetto agli eredi, senza che ne possano trarre vantaggio i creditori ereditarî o i legatarî: la è questa la formale disposizione dell'articolo 857 (776). E, come l'abbiamo detto sotto questo articolo, i creditori possono prendere i beni conferiti , ma solo come creditori personali dello erede puro e semplice, giammai come creditori della successione; or la separazione dei patrimonî tende precisamente a respingere questa qualità di creditori dell'erede, per mantener quella di creditori *della successione*. —Ritorneremo sopra ciò, nella spiegazione dell'articolo seguente (n. II).

881 (801). — I creditori di un erede non sono ammessi a domandare la separazione dei patrimonî contro i creditori dell' eredità.

SOMMARIO

I. I creditori dell'erede non possono domandare la separazione; ma potrebbero fare annullare una fraudolenta accettazione; rimando.

II. Rapporto dei creditori ereditari con quelli dell'erede, quando evvi separazione. Ciascuna classe di creditori, nella insufficienza dell'entrate ad essa attribuite, può agire sopra quelle attribuite all'altra classe; ma dopo che questa sia stata pagata. Dissenso col più degli scrittori.

I. — 403. I creditori di una persona non possono impedirle di contrarre nuovi debiti, e di conseguenza se ella accetti una successione che abbia più uscite che entrate, sottoponendosi così a novelli pesi, i suoi creditori non avranno il dritto assoluto di far venir meno questi pesi novelli, colla separazione dei due patrimonî confusi mercè l'accettazione, come lo potrebbero nel caso inverso i creditori ereditarî. Del rimanente, se i creditori dell'erede non possono far separare i patrimonî, possono ottenere lo stesso fine con far dichiarare nulla e come non avvenuta in forza dell'articolo 1167 (1120) l'accettazione di una cattiva eredità; per la qual cosa occorre stabilire che l'accettazione sia il risultamento della frode. Il che è stato spiegato sotto l'art. 788 (705).

II. — 404. È un punto molto controverso, e che a noi par semplice, il conoscere, in che modo separandosi i patrimonî debbano regolarsi i rapporti dei creditori ereditarî con quelli dell'erede. Su questo argomento si son creati tre contraddittorî sistemi.

Nel primo scorgesi fra i due patrimonî, e le due classi di creditori una assoluta e perpetua separazione, il cui effetto è sì rigoroso, che quando i creditori ereditarî non trovassero nella eredità di che per intero pagarsi, non potrebbero mai aspirare ai beni personali dell'erede, anche dopo soddisfatti i creditori personali di lui. I beni dell'erede, si dice, non debbono rispondere che ai suoi crediti personali; ma i creditori ereditarî han perduto tal qualità domandando la separazione, o meglio non l'hanno avuta mai.

Questo sistema di una logica sì stretta, sì geometricamente assoluta, e che perciò ha dovuto dar nel genio a qualche giureconsulto romano, ci pare troppo evidentemente contrario all'equità, e allo spirito del nostro dritto francese, nè può fra noi contar molti partigiani. Con la accettazione pura e semplice dell'erede, i creditori ereditarî divengono creditori di lui. Gli è questo un punto incontrastabile. Ora perdono essi assolutamente tal qualità con far pronunziare la separazione dei patrimonî? Evidentemente, no: il beneficio della separazione è stabilito soltanto pei creditori e non per lo erede; nel loro interesse lo chiedono i creditori, e *riguardo* ad essi è pronunziato. La separazione dei patrimonî è un affare che passa fra i creditori dell'eredità e quelli dell'erede, e resta estraneo all'erede medesimo; rispetto ai creditori vi sono due patrimonî, due entrate, due uscite, due debitori; rispetto all'erede, non vi è che una sola massa di beni (tutti suoi proprî) una sola classe di creditori (che sono tutti suoi creditori personali, per effetto della accettazione pura e semplice). Se lo erede vuole che la separazione esista per lui, deve non esser pago che i creditori la ottengano in forza dei nostri articoli, ma deve ei medesimo ottenerla col beneficio d'inventario. Dal punto che l'erede non ha fatto separare i patrimonî col beneficio che gli è proprio, ei resta assoluto erede, obbligato a pagare per intero *tutti i crediti*, e quelli a lui personali, e quelli della eredità che gli sono divenuti anche personali. Che importa quindi allo erede la separazione dei patrimonî accordata ai creditori ereditari? Che gli importa che costoro vengano sopra certi beni innanzi degli altri, o che tutti concorrano su tutte insieme le entrate? Ciò è indifferente per lui, bisognando-

gli pagare per intero tutti i crediti. Così, finchè vi sono creditori ereditari, essi soli han dritto ai beni ereditari rimuovendone i creditori personali; come altresì, finchè vi sono creditori personali, essi soli hanno dritto ai beni personali rimuovendone i creditori ereditari. Ma quando una delle due classi di creditori è stata soddisfatta, l'altra, non essendo stata per anco pagata, può agire sopra i beni obbligati alla prima; essendo l'erede la sola persona che allora potrebbe opporvisi; or non esiste la distinzione riguardo a lui. — Il contrario sistema era professato in Roma da Ulpiano e Paolo (D., l. XLII, t. VI, n. 1, § 17, e n. 5); ma non è stato accolto mai da alcun scrittore francese.

405. — Il secondo dei tre sistemi, sul quale crediamo doverci fermare, è spiegato da ciò che è stato detto. Riguardo all'erede non vi è che un patrimonio, una sola massa di entrate ed uscite, una sola classe di creditori, che bisogna pagar tutti per *intero*; dunque l'erede non potrà mai negarsi a pagare i crediti ereditari sopra i i beni personali, e i crediti personali sopra quelli ereditari. Al contrario, esiste fra i creditori la separazione: vi sono due masse di entrate ed uscite, due debitori, due classi distinte e indipendenti di creditori; qui dunque, per quanto riguarda i vari interessi di costoro, i creditori della successione non possono mai venire sopra i beni personali, nè i creditori personali sopra quelli ereditari, non potendosi dai beni di un debitore pagare i debiti di un altro.

La regola dunque sarebbe che i creditori ereditari potranno, esauriti i beni della successione, farsi pagare sopra i beni personali, ma soltanto dopo pagati i creditori propri dell'erede, come questi non potrebbero metter le mani sopra i beni ereditari che dopo pagati tutti i creditori della successione. — Questa dottrina, insegnata in Roma da molti giureconsulti (1) massime da Papiniano (*loco cit.*, 3, § 2) era professata dai nostri antichi scrittori (Pothier, *Succ.*, cap. 5, articolo 4; Lebrun, lib. 4, cap. 2, ecc.); e sotto il Codice è ammessa da Maleville (sopra lo art. 880 (800)).

406. Un terzo ed ultimo sistema immaginato dopo il Codice civile, e adottato da tutti i suoi commentatori, eccettone Maleville, vuole che i creditori della successione, tuttochè ottengano sopra i beni ereditari mercè la separazione dei patrimoni un privilegio, che loro esclusivamente li attribuisce. conservino non pertanto sopra i beni dell'erede tutti i dritti che vi avrebbero, se non si fosse pronunziata la separazione; per modo che esauriti per loro soli tutti i beni ereditari, essi verrebbero sopra i beni dell'erede in pari tempo e in concorrenza coi creditori personali di costui. Questa dottrina, riconosciuta dai suoi medesimi partigiani poco conforme alla equità (Toullier, IV, 548) non ci sembra potersi ammettere. Il primo sistema concedeva molto poco ai creditori ereditari, e questo troppo: infra i due ci sembra essere il vero.

Difatti, che la separazione dei patrimoni nissun effetto produca, o meglio che non esista, *riguardo all'erede*, e che quindi il sistema di Ulpiano sia respinto, è cosa molto semplice, perchè la separazione non ha effetto che fra le due classi di creditori, dei quali gli uni, quelli ereditari, possono domandarla *contro i creditori dell'erede* (art. 878 (798)) mentre questi non lo possono *contro i creditori dell'eredità* (articolo 881 (801)). Ma come potrebbe ella non esistere pienamente e con tutti i suoi effetti, riguardo ai creditori dell'erede, quando appunto rispetto ad essi è stata dimandata ed ottenuta? Si dirà esistere *contro loro e non per loro*? ma questa idea è respinta dalle regole della logica, non che dai principi dell'equità. Essendovi separazione di beni in due distinti patrimoni, due masse di entrate e uscite, due debitori che ha ognuno i suoi propri

(1) Ci fa dire *molti giureconsulti* il seguente passo di Paolo: id quod supererit tribuendum haereditariis creditoribus *Quidam putant*; mihi autem id non videtur (*loc. cit.*, 5).

creditori, come pretendere che i creditori della eredità non sieno rimossi dai beni dello erede, del pari, e per la stessa ragione che i creditori dello erede lo sono da quelli ereditari? Come dire ai creditori dell'erede. « Vi sono *due distinti debitori*, la successione e l'erede; dunque voi, creditore dello erede, non potete venire sopra i beni della eredità. Ma pure non vi è alla fine che *un debitore*, l'erede; e noi, suoi creditori, potremo farci pagare sopra tutti i suoi beni. » Risponderebbero con ragione i creditori dell'erede: « Se rispetto a noi, la separazione vi torna più vantaggiosa, prendetela; se per voi è da preferire la confusione, prendetela pure; esercitate secondo il vostro capriccio la facoltà accordatavi; ma non pretendete lo impossibile assoluto, nè venite a dire che *in pari tempo* vi sarà separazione e confusione, due patrimoni, e un sol patrimonio, due debitori ed un sol debitore ».

407. In somma, la logica non permetteva qui che due sistemi, 1° o la separazione sarà riguardata non esistente *assolutamente* per tutti, e allora i creditori ereditari non potranno mai venire sopra i beni personali dell'erede; era questa la idea di Ulpiano — 2° O la separazione sarà riguardata come esistente *riguardo* ai creditori; e in questo caso, i creditori ereditari non potranno essere rimossi dai beni personali per lo erede: ma lo saranno dai creditori personali dello erede, esistendo rispetto ad essi la separazione; questa era la dottrina di Papiniano — Una terza opinione non può logicamente seguire questi due primi; perchè, se la mente concepisce che più o meno profonda ed energica possa essere la separazione, non si comprende che in un tempo essa possa essere e non essere. Di più i due sistemi di Ulpiano Papiniano sono quelli soli che tennero divisi i giureconsulti romani.

Il terzo sistema, immaginato da Chabot, (art. 878 (798), n. 13) e riprodotto dagli altri scrittori si fonda, sopra varie osservazioni che tutte si riassumono in questo argomento: L'erede accettando puramente diviene debitore personale dei creditori ereditari; questi dunque hanno lo stesso dritto di rivolgersi contro di lui, come i suoi precedenti creditori, essendo nella medesima condizione. — Ma tale argomento vien meno con una sola osservazione. I creditori ereditari non divengono, nè possono restare creditori personali dell'erede, che in quanto vi sia confusione di due patrimoni; dunque quando i creditori ereditari fanno pronunziare, rispetto a quelli dell'erede, la *separazione* dei patrimoni, perdono per ciò rispetto a quelli la qualità di creditori personali dell'erede.

Questa era difatti la regola del nostro antico dritto, nè il Codice sembra che l'abbia immutato. Non una parola si è detto o nel consiglio di Stato, o al Tribunato, o al Corpo legislativo, che possa darne sospetto. Per lo incontro i nostri art. 878, 881 (798, 801) sono stati alla lettera copiati dallo stesso Pothier (*loc. cit.*, § 18 e 32).

882 (802). — I creditori di un condividente, per impedire che la divisione sia fatta in frode de' loro diritti, possono opporsi, perchè non vi si proceda se non col loro intervento a loro spese; ma non possono impugnare una divisione consumata, eccetto il caso in cui si fosse eseguita senza il loro intervento in pregiudizio di un'opposizione che essi avessero fatta.*

* L'articolo 802 delle leggi civili è stato modificato nel seguente modo:
« I creditori di un condividente per impedire che la divisione sia fatta in frode de' loro diritti, possono domandare che non vi si proceda se non col loro intervento a proprie spese; ma non possono impugnare una divisione già perfezionata, eccetto il caso in cui si fosse fatta senza il loro intervento, malgrado la dimanda che essi avessero fatta; salvo il diritto di dedurne la rescissione competente al loro debitore ai termini degli articoli 1119 e 1120 ».

SOMMARIO

I. Mezzo offerto ai creditori di ciascuno erede onde prevenire la frode che si potrebbe impiegare contro loro nella divisione. Non usando questo mezzo, non possono attaccare come fraudolenta la divisione compita.

II. Ma potrebbe sempre censurarsi una pretesa divisione, provando essere apparente e non effettiva.

III. Potrebbero similmente censurare l' atto di divisione per mancanza di data certa, e provare che v' è antedata. Errore di Toullier riconosciuto da Duvergier.

I.—408. La legge con questo articolo consente ai creditori di ogni condividente, erede o altro successore universale, un mezzo onde prevenire le frodi che crederebbero dover temere dal loro debitore nella divisione della eredità, ma dichiara immediatamente, che non adoperando questo mezzo, non saranno ammessi a domandar poi lo annullamento della divisione perchè fatta con frode, come avrebbero potuto farlo secondo i principî ordinari (articolo 1167 (1120)). Si comprende come la divisione potrebbe frodare i creditori di un condividente. Potrebbe mettersi nella sua porzione valori mobili ch' egli farebbe facilmente sparire; fingere esistente una parte di essi, ec. ec.

Il mezzo offerto al creditore dal nostro articolo, onde prevenire la temuta frode, è ben semplice. Egli può fin dall' apertura della successione, dichiarare per mezzo di usciere ai diversi condividenti, di opporsi alla divisione fatta senza il suo intervento. Per effetto di tale opposizione i condividenti sono in debito di chiamare alla divisione il creditore, e non chiamandolo, egli potrà fare annullare la operazione (purchè del resto egli abbia interesse di farla annullare). Quando il creditore non ha badato a notificare la opposizione, egli può intervenire alla divisione cominciata senza di lui. Ma quando è terminata la divisione, incominciata senza sua opposizione, il creditore non può più impugnarla, offrendo pure *la prova* che sia stata fraudolenta.

409. Molte decisioni intanto han giudicato (1), che mancando la opposizione e la domanda d'intervento, i creditori ai quali torna pregiudizievole la divisione, potranno impugnarla, quando sieno stati in frode tutti i condividenti, ed anche, secondo alcune di quelle decisioni, il solo debitore. Ma non potremmo ammettere tal dottrina, pensando con gli scrittori ed altre decisioni (2), che qui si fa eccezione al principio generale dell'articolo 1167 (1120). In vero, il nostro articolo dichiara assolutamente e senza distinzione, che i creditori *non possono impugnare la divisione finita*; e questo, che che se ne possa dire, è certamente scritto per la frode. Il legislatore ha stimato che i creditori fossero abbastanza garentiti dal loro dritto di fare opposizione, o d'intervenire durante le operazioni della divisione, e non si è preoccupato altrimenti degli interessi di tali che trascurano siffattamente i loro affari; *vigilantibus jura subveniunt, non dormientibus*.

II.—410. Ma se i creditori non possono in mancanza di opposizione impugnare la divisione, anche fraudolenta, fatta dal loro debitore, nulla impedirebbe di attaccarsi l'atto che non essendolo seriamente appare come divisione. Una cosa è la divisione fraudolenta, ma reale, ed altra l'apparenza menzogniera che si offre come divisione, e che può provarsi di non esserlo affatto.

III.—411. Gli è altresì evidente, che purchè il creditore fosse nella impossi-

(1-2) Grenoble, 15 marzo 1824; Tolosa, 21 marzo 1827 e 8 dicembre 1830; Bordeaux, 11 luglio 1834; Montpellier, 11 giugno 1839, ecc.— Contra: Toullier (IV-412); Delvincourt, Duranton (VII-509); Malpel (n. 253); Chabot (n. 3); Vazeille (*Prescr.*, I, 353); Belost (III-3); Bordeaux, 3 marzo 1833); Pau, 28 marzo 1834; Bordeaux, 29 novembre 1836; Riom, 23 luglio 1838 (Dev, 33, 2, 509; 35, 2, 250; 39, 2, 278).

bilità di censurare una divisione, che dai condividenti pretenderebbesi fatta prima della sua domanda, occorrerebbe essere fondata la pretesa dei condividenti; e quindi nulla impedirebbe che il creditore dicesse e provasse, che l'atto di divisione che gli si oppone sia con antedata, e la divisione sia finita dopo la sua opposizione o domanda d'intervento. Adunque sol quando l'atto di divisione ha data certa contro i terzi (cioè quando è fatto in forma autentica o essendo in iscrittura privata, la data ne è certificata dal registro, o dalla sua relazione in un posteriore atto autentico o dalla morte di uno di quelli che lo hanno sottoscritto conforme all'art. 1328 (1282); allora solamente il creditore è obbligato di rispettare la divisione. Ma se l'atto di divisione non ha data certa, il creditore può pretendere che sia posteriore alla sua domanda, e che vi sia antedata, e se di ciò fornisce la prova, gli è chiaro che potrà far poi annullare la divisione come fatta senza di lui, non ostante la sua opposizione.

Direbbesi invano, come fa Toullier (IV-412), che la mancanza di data certa di un atto non potendo esser opposta che dai terzi (art. 1328 (1282)) e non da coloro che l'hanno sottoscritto e loro aventi causa, il creditore del condividente non può giovarsene, sendo egli l'avente causa del suo debitore. È questo un errore certo.

Difatti, si chiamano *aventi causa* di una persona coloro che come rappresentanti di lei esercitano i suoi dritti; or quando un creditore vien sostenendo contro il suo debitore e consorti che nel tale atto essi abbian fraudolentemente posta una antedata per dargli un effetto che non dovea avere, gli è ben chiaro che il creditore non esercita allora un dritto del debitore, ma si un dritto suo proprio; egli non agisce più come rappresentante di quello siccome gli permette l'articolo 1166 (1119); ma nel suo nome proprio secondo l'art. 1167 (1120). Non è dunque più l'avente causa del suo debitore, e nulla gli vieta di trarre argomento dal difetto di data certa (1).

SEZIONE IV.

DEGLI EFFETTI DELLA DIVISIONE E DELLA GARENZIA DELLE RISPETTIVE QUOTE

883 (803).—Ogni erede è riputato solo ed immediato successore in tutti gli effetti componenti la sua quota, a lui pervenuti come maggiore offerente, e che non abbia giammai avuta la proprietà degli altri effetti ereditari.

SOMMARIO

I. In dritto francese la divisione è dichiarativa di proprietà.
II. Il principio si applica non solo alla divisione dell'eredità, ma a qualunque divisione ed atto che equivalga a divisione con far cessare la comunione.
III. La ipoteca consentita da uno dei comproprietari comuni è nulla, se l'immobile non entra nella sua porzione. Se vi entra, essa è efficace, ora sopratutto lo immobile, ora sopra la parte che apparteneva in comune al debitore.
IV. Il principio non si applica agli atti che lasciano la cosa in comune; dissenso con Duvergier ed altri.
V. Esso si applica così ai crediti che agli altri beni: dissenso con Duranton.

I.—412. Questo articolo stabilisce un importante principio, le di cui conseguenze sono state da noi indicate più d'una volta, e lo saranno ancora spesso. Nel nostro

(1) Merlin (*Quist. Terzo*); Delvincourt, Chabot (n. 4), Duranton (VII-311); Malpel (n. 233); Vazeille (n. 7); Duvergier (*sopra Toull.*).

dritto francese ciascun coerede (o meglio ciascun condividente, erede o pur no, come vedremo qui sotto) si reputa, cessata la comunione delle cose, essere stato *ab initio* l'unico proprietario di tutti i beni che possiede per effetto della divisione; per conseguenza è riputato non avere mai avuto alcun dritto sulle cose toccate ai suoi condividenti. Diciamo essere questa seconda idea conseguenza della prima. Difatti, essendo stato Primo, fittiziamente, *il solo* proprietario dell' immobile A, è chiaro che Secondo, altresì fittiziamente, non ha mai avuto alcun dritto di proprietà su quell'immobile; viceversa, Primo non ha avuto alcun dritto di proprietà sull'immobile B, di cui Secondo è stato sempre fittiziamente il solo proprietario. Questo principio non è che una finzione, perchè in realtà ciascuno dei coeredi aveva, per una parte, la proprietà di tutti i beni ereditarî, e di ciascuna parte *di essi*; ciascun atomo delle cose ereditarie era *la* proprietà comune di tutti. Di più la finzione non consiste nel dichiararsi che l'erede sia stato il *solo ed immediato successore* a tutti gli effetti compresi nella sua porzione, ma solamente nel dichiararsi di essere succeduto solo. Primo a cui è pervenuto l'immobile A n'è stato realmente proprietario dalla morte stessa del suo autore, non ne era però proprietario unico, ma in comune coi suoi consuccessori, e per una finzione legale egli è reputato esserne stato sempre solo proprietario.

413. Questa finzione creata dalla nostra antica giurisprudenza, e riprodotta dal Codice, non esisteva a Roma. Pei Romani la divisione era in dritto, come lo è in fatto, *traslativa* della proprietà, cioè, la teoria giuridica la riconosceva *siccome quella che trasferiva e dava* a ciascuno dei condividenti sopra gli oggetti a lui pervenuti la parte di proprietà, appartenente fino allora ai suoi condividenti. Da noi al contrario la divisione è soltanto *dichiarativa* di proprietà; poichè, secondo la legale finzione, essa non fa che *dichiarare ed indicare* a quale dei condividenti appartiene ed è sempre appartenuta ciascuna cosa: in altri termini, secondo la nostra teoria francese, non vi ha nella divisione alcuna alienazione nè acquisto di proprietà.

II.—414. Il principio del nostro articolo si applica non solo alla divisione fra gli eredi o altri successori del defunto, ma a qualunque divisione, a tutti i comproprietarî di cose comuni, a qualunque atto che faccia cessare la comunione, qualunque ne sia stato la causa.—Si comprende *a priori* che deve la cosa andar così, non essendovi alcun motivo di negare ad una qualunque divisione l'indole attribuita alla divisione di una eredità. Ma la prova di questa verità è del resto scritta nel testo della legge, e riesce chiara specialmente dagli articoli 1466, 1882 (T, 1754) i quali danno i medesimi effetti della divisione delle successioni, il primo alla divisione di comunione fra conjugi, e il secondo alla divisione fra i soci.

Nè solo si applica il principio a qualunque divisione di oggetti comuni, ma altresì a qualunque atto, che non essendo una divisione propriamente detta, ne produce gli effetti, facendo cessare la comunione con l'attribuzione divisa, ed esclusiva delle cose dianzi comuni, qualunque sieno del resto la forma e la qualifica di tale atto. Così o siasi fatta una transazione sulla difficoltà che presentava la divisione, o uno o più di quelli che erano in comunione abbiano consentito ad un altro la vendita dei loro dritti comuni sopra tutti, o alcuni degli oggetti comuni, o siesi dichiarato di fare una permuta, o adottata altra qualunque convenzione; in tutti questi casi, cessando la comunione delle cose, avvi divisione nel senso del nostro articolo. Era questa l'antica giurisprudenza e il nostro legislatore ha inteso seguire tale regola; perchè, avendo permesso nello art. 887 (807) la rescissione delle divisioni per lesione di più del quarto, aggiunge nell' art. 888 (808) che questa rescissione « sarà ammessa contro qua» lunque atto, il quale abbia per oggetto » di far cessare la comunione tra coeredi, » ancorchè fosse qualificato con titoli di » vendita, di permuta e di transazione, o » di qualunque altra specie ». È questa

anche la costante giurisprudenza della Corte suprema (1).

III.—415. Dacchè, per effetto della finzione legale, ciascuno di coloro che sono stati in comunione non è stato mai proprietario dei beni, che toccano ai suoi condividenti; ne segue evidentemente, che se un di essi durante la comunione abbia ipotecato un immobile indiviso, il quale poi tocchi ad uno degli altri condividenti, l' ipoteca da lui consentita sarà come non avvenuta, come fatta da chi non è stato mai proprietario.

Ma che si deciderà viceversa, se egli abbia diffinitivamente l' immobile? *

L' ipoteca cadrà sulla intero immobile, ovvero sulla porzione che gli apparteneva prima della divisione? La quistione si risolve con una naturalissima distinzione. In effetto, se il debitore proprietario in comunione dell' immobile, che ha un dritto eventuale al tutto, ha voluto ipotecarlo eventualmente tutto, gli è evidente che l' immobile è ipotecato per intero, quando avviene chè a lui spetti la proprietà intera dell'immobile. Ma se questo debitore ipoteca la porzione che gli appartiene al presente, ci par chiaro che, seguane poi quel che può, la ipoteca non potrà mai estendersi oltre a quella porzione, non potendo mai una ipoteca gravarsi sopra quel che non si è voluto.

Ove vi sia dubbio, o se da tutti i termini dall' atto non si riveli la intenzione delle parti, si dovrà decidere che l' ipoteca gravi sull' intero immobile, perchè essendo essa allora necessariamente eventuale (dacchè non avrà effetto se l' immobile non è attribuito al debitore nella divisione) la è cosa naturale, che le parti abbiano inteso riferirsi nel negozio a quella eventualità, e creare una ipoteca che potrebbe divenire efficace per l' intero, come viceversa esser nulla per l' intero.

Ma se è stato detto che l' ipoteca era consentita sopra metà o il quarto in comunione, appartenente al presente al debitore, non potrà mai estendersi al di là del quarto o della metà (*Conf.* annullamento di una decisione di Parigi 6 dicembre 1826).

IV.—416. È controverso se la finzione creata dal nostro articolo sussista non solo quando l' atto fa cessare la comunione assolutamente e per tutti i comproprietari, ma altresì, quando non ostante questo atto la cosa che ne è l' oggetto resti sempre in comune.

Così, quando di tre coeredi , il primo cede o al secondo per l'intero , o al secondo e terzo, ciascuno per metà, il terzo che gli appartiene nella cosa, questa resterà sempre in comune, continuando ad appartenere così al secondo e terzo, o per due terzi all'uno, o per un terzo all'altro, o per metà a ciascheduno, e allora si chiede, se nondimeno sussisterà la finzione ; se il cedente si reputerà non essere stato mai proprietario della porzione ceduta, e per conseguenza, se l'ipoteche acquistate prima della cessione sopra la porzione dell'immobile ceduto saranno immediatamente inefficaci, come consentite *a non domino*. Tre decisioni (del 1808, 1809 e 1828) e molti scrittori, massime Duvergier (vendita, II, 147) insegnano di sì, allegando che l' atto che fa uscire dalla comunione un solo dei comproprietari è della indole medesima di quello che li fa uscir tutti; che se esso ha minor portata (facendo cessare per un solo la qualità di comproprietario) non offre meno gli stessi caratteri, e per conseguenza dee riconoscersi in questo primo atto rispetto alla persona che viene

(1) Decisioni del 3 marzo 1807; 25 gennaro 1809; 16 gennaro 1827; 18 marzo e 24 agosto 1829; 27 dicembre 1830 ; 31 gennaro , 16 marzo e 6 novembre 1832 ; 27 marzo 1835 ; 13 agosto 1838 ; 5 dic. 1839; 28 dicembre 1840; 19 gennaro 1841; 6 marzo 1844 (Devill. , e Carr., 32, 1, 160, e 602; 33, 1, 66; 35, 1, 341; 38, 1, 101; 39, 1, 903; 41, 1, 204, e 375; 44, 1, 596).

* La Corte suprema di Napoli ha stabilito i seguenti principi:

La vendita fatta da uno dei coeredi prima della divisione è nulla, ancorchè il fondo entri poi nella sua quota. 8 luglio 1826.

Tra coeredi non può esservi dominio esclusivo se non dopo la divisione della eredità. Quindi prima non può proporsi azione di rivendicazione contro il terzo possessore. 5 aprile 1851.

escluso dalla comproprietà, gli effetti che il secondo nello stesso tempo produce per tutti. Questa dottrina non ci sembra esatta, ed appunto nella minor portata dell' atto trovasi l' idea che ravvicinata ai principî, e al testo medesimo del nostro articolo, deve menarci ad una contraria soluzione.

In vero, essendo la nostra regola una finzione, deve rigorosamente restringersi al caso preveduto, *fictio ultra casum fictum non operatur*.

Ora il caso preveduto, come lo indicano la rubrica della nostra sezione, e il nostro art. 883 (803) e gli art. 1476 e 1872 (T e 1744), è la divisione di una cosa, l'atto che, quali che ne siano del resto la qualifica e la forma, miri in fondo a far cessare la comunione della cosa. Ma l' atto appunto di cui si tratta nella nostra ipotesi, non è di tal natura, perchè ciò non ostante la cosa resta in comune, dovendo sempre farsene la divisione. La legge intende parlare di atti, che compiano la divisione effettiva delle cose comuni, di atti che facciano uscire queste cose dal loro stato di comunione, tanto che parlando il nostro articolo nella sola frase che potrebbe invocare il sistema contrario, dell' ex-comproprietario che si reputa non esserlo mai stato della porzione non toccata a lui esso presenta in secondo luogo questa idea come conseguenza dello appartenere questa stessa porzione ad un altro che si reputa esserne stato sempre il solo proprietario. Questa prima idea non potendo avere effetto nell' ipotesi nostra non potrebbe nemmeno esistere l'altra che ne è il corollario. Questa è anche da più di vent' anni la invariabile giurisprudenza della Corte di cassazione (1).

V.—417. Ravvicinando il nostro articolo, e l'art. 1220 (1173) sorge un' altra difficoltà. Difatti, mentre la legge qui vuole che i beni toccati alla porzione di un condividente sieno riguardati come appartenenti a lui *ab initio*, nello articolo 1220 (1173) al contrario dichiara, che i crediti di una successione (come anche i suoi debiti), sono di pieno dritto, e *ipso facto*, dal momento della morte, divisi fra gli eredi in ragione del dritto ereditario di ciascuno. Come conciliare questi due articoli? Bisogna dire che l'art. 1220 (1173) faccia eccezione allo art. 883 (803), il di cui principio si applicherebbe ai soli beni che non sieno crediti? o ammettere invece, che questi crediti restino egualmente soggetti a quel principio, e che la regola diversa dell' art. 1220 (1173) non si applichi che provvisoriamente e salvo ad essere mantenuta, o modificata dalla seguente divisione?

Duranton (VII.-163 e 319) professa la prima opinione. Secondo lui, l'art. 883 (803) parlando di *effetti* della successione intende applicare il suo principio ai *corpi* ereditari, ai beni *corporali* e non ai crediti, ai dritti puri, ai beni immateriali. Senza dubbio, gli eredi potranno al tempo della divisione cedere per intero questo o quel credito all' uno, o all' altro fra loro; ma questo avverrà per mezzo di una cessione che della loro porzione in quel credito faranno tutti gli altri a questi eredi, e non per mezzo della stessa divisione, la quale non può più aver luogo tanto pei crediti che pei debiti, essendo che gli uni, come gli altri, sono stati divisi per la sola forza della legge, secondo l'articolo 1220 (1173). Ma questa dottrina è condannata dagli scrittori e dalle decisioni, ed a ragione, secondo noi.

E primieramente, la parola *effetti* dell' articolo 883 (803) non ha il senso limitato che gli dà Duranton; perchè nissuno certamente negherebbe la sua applicazione, per modo di esempio, ad un dritto di usufrutto. È dunque falso che l' articolo abbracci solo i beni corporali, comprendendo i crediti, come gli altri dritti attivi. E che, non ostante la regola dell'art. 1220 (1173), la divisione convenzionale debba cadere sopra i crediti, come sul rimanente delle entrate, vien provato dall'art. 832 (751) il quale prescrive

(1) Vedi le dodici ultime decisioni della precedente nota; Duranton (XX, 323) Belost-Jolimont (n. 1). Fouet de Conflans (n. 1) Zachariae (IV, pagina 399).

che si faccia entrare per quanto è possibile in ciascheduna porzione « la stessa » quantità di mobili, d' immobili, di dritti » e *di crediti* ». — Nè ha fondamento alcuno la somiglianza che Duranton vuol stabilire fra i crediti e i debiti di una eredità. La legge non ha in nissun luogo stanziato per la divisione delle uscite un principio analogo a quello stabilito dal nostro art. 883 (803) per la divisione delle entrate; e in vece di modificare pei debiti (come lo fa pei crediti negli art. 883 e 832 (803 e 751) la regola, applicata dal momento della morte, di una divisione in parti ereditarie, essa al contrario, indica che intende mantenerla nonostante qualunque divisione convenzionale. Difatti l' art. 872 (793) prevedendo che un solo degli eredi fosse incaricato di pagare la rendita dovuta dal defunto, ci dice che quegli sarà tenuto garentire i suoi *coeredi,* il che dinota che questi ultimi sono sempre soggetti all' azione del creditore, e che la convenzione che pone il debito a carico di uno, ha effetto soltanto fra gli stessi condividenti, e non mai rispetto ai terzi.

Così dunque la divisione legale regolata dall'art. 1220 (1173) è diffinitiva quanto ai debiti, nè può per essi ricevere alcuna modificazione rispetto ai terzi con la convenzione degli eredi; ma è altrimenti pei crediti, e dalla combinazione degli articoli 1220, 883 e 832 (1173, 803, 751) si è tratto a dire che per essi la divisione è provvisoria, e deve cessare con la diffinitiva di tutte insieme le entrate, la quale si sostituirà retroattivamente alla prima.

Senza dubbio, i dritti irrevocabilmente acquistati da terze persone sotto lo impero, e in forza della divisione legale dovranno rispettarsi; salvo però il mantenersi questi dritti, tal divisione non vale che sino al partaggio, il cui risultamento la fa venir meno (1).

884 (804). — I coeredi rimangono vicendevolmente tra di loro garanti per le sole molestie ed evizioni procedenti da causa anteriore alla divisione.

La garenzia non ha luogo se la qualità dell'evizione sofferta è stata eccettuata con una clausola particolare ed espressa dell'atto di divisione; cessa inoltre se il coerede soffre l'evizione per propria colpa.

418. Quando un condividente vede togliersi tutto o parte della sua porzione per una molestia, procedente da causa anteriore alla divisione, vien con ciò provato che si son compresi nel patrimonio del defunto, alcuni beni che realmente non gli appartenevano, e che la divisione versò sopra cose che non dovea abbracciare. Or doveva essere diviso il patrimonio tale quale esso era, non quale si credeva. Dunque la perdita non dovrà gravare solamente sopra quello che soffrì la evizione, ma proporzionatamente sopra tutti.—Sarebbe altrimenti, se la causa della evizione fosse posteriore alla divisione: allora i beni facevano veramente parte della massa a dividersi, e la causa posteriore che oggi li fa perdere al loro proprietario, non riguarda affatto gli altri eredi. È senza dubbio una sventura per lui; ma i suoi condividenti non possono esserne responsabili. Essendone egli debitamente proprietario, *res perit domino*.

Il nostro articolo fa due eccezioni al principio, che tutti i condividenti son reciprocamente garanti delle evizioni che abbiano una causa anteriore alla divisione. La garenzia cessa dapprima, com'è ragionevole, quando l'erede sia stato evitto per colpa sua, p. e. per non aver fatto valere un mezzo di difesa che di certo avrebbe trionfato. Cessa secondariamente, quando la evizione avvenuta oggi fosse stata specialmente preveduta; perchè allora vi è stato un contratto alcatorio col quale l'erede ha voluto correre i rischi dell'evizione, in compenso

(1) Zachariae (IV, p. 487, nota); Roger (*Sequestro*, p. 451); Pont e Rodière (I-357); Rigetto 24 gennaro 1837; Rig. civ., 20 dic. 1848 (Dev., 37, 1, 106; il *Dritto*, 22 dicembre 1848).

dei quali si sono senza dubbio stimati meno i beni che potevono essere l'oggetto della evizione.

419. Si è chiesto se i condividenti potessero altresì convenire generalmente non doversi alcuna garenzia per qualunque evizione. Non ci sembra dubbia la negativa, essendo tal convenzione contraria al testo, non che allo spirito della legge. Il nostro articolo ammette eccezione all' obbligo di garenzia nel solo caso che formalmente si è preveduta *la specie* dell' evizione.

E in effetto, l'attenzione allora fermasi necessariamente sopra i pericoli ai quali si va incontro, il che non avrebbe luogo essendovi una clausola generale che diverrebbe presto di stile e faciliterebbe le frodi.

885 (805). — Ciascun coerede è personalmente obbligato, a proporzione della sua quota ereditaria, d' indennizzare il di lui coerede della perdita cagionata dall' evizione.

Se uno de' coeredi si trova insolvibile, la tangente cui egli è tenuto, deve essere egualmente ripartita tra la persona garentita, e tutti i coeredi solvibili.

420. Gli è chiaro, che la proporzione nella quale ciascun condividente è tenuto al ristoro della evizione, deve essere ugualmente seguita nella ripartizione della porzione di un insolvibile. Così dicendo il nostro articolo che questa porzione deve essere ripartita egualmente, intende parlare di eguaglianza proporzionale, e non assoluta.

L'articolo 2103-3 (1972) accorda ai coeredi per la garenzia della divisione un privilegio sopra gl' immobili ereditarî; ma da ciò non segue che ciascun coerede sia tenuto alla garenzia per il tutto sopra gl' immobili ereditarî che possiede. Ciascun condividente, secondo il nostro articolo e come doveva essere, non deve il ristoro dell' evizione che per la parte sua; ora il privilegio che garentisce il vostro credito contro di lui non potendo essere più esteso del credito medesimo, non può avere effetto che per la parte a cui è tenuto. Se la cosa di cui siete stato evitto vale 24 mila franchi, e il vostro coerede deve ristorarvi di un quarto, il vostro credito contro di lui è per 6,000 franchi, e per questi solamente voi potete avere un privilegio.

886 (806). — La garenzia della solvibilità del debitore di una rendita non può sussistere che per i cinque anni successivi alla divisione. Non v'è più luogo a garenzia a titolo dell'insolvibilità del debitore, quando essa è sopravvenuta soltanto dopo ultimata la divisione.

421. Nell' antico dritto i coeredi eran soggetti per la insolvibilità del debitore di una rendita ad una garenzia illimitata; allegandosi per ragione che la rendita è un dritto successorio componentesi di tutte le annualità che devono pagarsi fino alla sua estinzione.

Dunque, si diceva, se dopo cent' anni e più dalla divisione, il debitore della rendita diviene insolvibile e non paga più le annualità, il coerede al quale era stata assegnata quella rendita, non ha la rendita intera, ma una porzione, e quindi i suoi coeredi son tenuti a ristorarlo. Era questo un errore: una rendita, come abbiamo già detto, non consiste nella massa delle annualità, come una casa in tutte insieme le somme annualmente pagate per affitto; la rendita è un dritto, una cosa incorporale, così distinta dalle annualità che ne sono i frutti, come un podere lo è dalle derrate che vi si raccolgono, o dal prezzo annuale che se ne cava. Il che ben si scorge da ciò, che dopo dieci, quindici, vent' anni, o più, e quando tutt' insieme le annualità pagate sono già maggiori del capitale della rendita, questo non è per nulla scemato, la rendita non è diminuita, ma è sempre quel ch' era.

Non c' era dunque più ragione a garen-

tire la insolvibilità posteriore alla divisione del debitore di una rendita, che a garentire l' evizione di un immobile quando proviene da una causa egualmente posteriore alla divisione. In ambi i casi, bisognava dire, come ha fatto il Codice nel nostro articolo, *res perit domino*.

422. Ma perchè il legislatore trattandosi di rendita ha ridotto a cinque anni l'azione di garenzia per la insolvibilità anteriore alla divisione? Sembra potersi trovare una ragione nella disposizione dell' art. 2277 (2183) il quale dichiara le annualità della rendita prescrittibili col decorso di cinque anni. Difatti operandosi in questo termine la prescrizione delle annualità, l'erede nella di cui porzione è la rendita, non lo farà certamente correre senza perseguitare un debitore che nulla ancora gli ha pagato, onde così essere avvertito della insolvibilità di lui, e potere agire immediatamente contro i suoi condividenti per farsi ristorare della rendita di cui nulla ha ricevuto (1).

423. Del resto la disposizione del nostro articolo essendo eccezionale, non potrebbe estendersi ai casi che non prevede, e siccome in essa si parla di rendite, non si potrebbe applicare ai crediti di capitale, quand'anche questi producessero interessi prescrittibili anche in cinque anni. Si tornerebbe qui ai principî ordinarî, e siccome nissuno articolo del Codice stanzia, riguardo ai crediti, una prescrizione speciale per l'azione di garenzia, questa si estinguerebbe con la prescrizione trentennale e generale dell' art. 2262 (2168).

Vorrebbesi invano applicare al coerede, nella di cui porzione il credito è entrato, la regola dell' art. 1694 (1540) secondo la quale, il compratore di un credito non ha azione di garenzia contro il suo venditore anche per la insolvibilità del momento della vendita, che in quanto il venditore gliel' abbia formalmente promesso; un condividente difatti non è un compratore di crediti. Il compratore di crediti forma una specie di contratto aleatorio, un traffico che la legge vede con occhio poco benigno. I condividenti non intendono andare incontro ai rischi di guadagno o di perdita: essi vogliono semplicemente uscire dalla comunione, e lo intendimento ben chiaro del legislatore è, che sempre vi sia fra loro una eguaglianza così perfetta per quanto è possibile.

La garenzia sarebbe dunque dovuta e l'azione durerebbe per trenta anni i quali decorrerebbero dal giorno che l' evizione avesse avuto effetto, secondo la formale disposizione dell' art. 2257, § 3 (2163).

SEZIONE V.

DELLA RESCISSIONE IN MATERIA DI DIVISIONE

887 (807). — Le divisioni possono rescindersi per causa di violenza o di dolo.

Può altresì aver luogo la rescissione quando uno dei coeredi prova di essere stato leso nelle divisioni oltre il quarto.

La semplice omissione di un oggetto della eredità non fa luogo alla azione di rescissione, ma soltanto ad un supplimento alla divisione.*

424. Il nostro articolo ci indica tre cause di rescissione delle divisioni: il dolo e la violenza, cause generali di annullamento per tutti i contratti (art. 1109 (1063)), poi la lesione che produce la nullità in alcuni casi (art. 1118 (1072)). Era ben naturale che qui si ammettesse questa causa eccezionale: non essendo la divisione un atto

(1) Se le prime scadenze dopo la divisione fossero state ben pagate, il detentore non sarebbe stato dunque insolvibile prima di quella, e quindi non sarebbe dovuta la garenzia.

* L'art. 807 delle leggi civili non è applicabile ai creditori aggiudicatarî necessarî onde rescindersi il partaggio dei beni per essersi assegnato ad un creditore un fondo di valuta minore della effettiva. Corte suprema di Napoli 30 luglio 1850.

con cui si cercano benefici andando incontro a rischi, ma una semplice liquidazione che per fondamento deve avere la eguaglianza. Del resto, la legge non permette la lesione per qualunque causa; altrimenti si sarebbero rese quasi impossibili le divisioni; il danno deve essere notevole, non essendo ammessa l'azione che per colui che ha avuto tre quarti di ciò che dovea ricevere.

425. Ma perchè l' articolo nostro non pone anche fra le cause di rescissione della divisione l'errore, che al pari del dolo e della violenza, è un principio generale di annullamento? Era ciò inutile, perchè nei vari casi in cui si sarà incorso in errore, si giungerà altrimenti a ristabilire la eguaglianza.

Così, se l'errore abbia prodotto una notevole esagerazione nella stima di alcuni beni o un manco nella stima di altri, allora delle due cose l'una: o il danno che *per tal* circostanza soffre uno dei condi*videnti*, non eccede il quarto di ciò che dovea ricevere, e in questo caso non ha voluto la legge che fosse annullata la divisione; o il danno è maggiore del quarto, e allora ammettesi la rescissione per lesione.

Se siesi compreso nella divisione un fondo non appartenente al defunto, l'erede che ne soffre la evizione, potrà esercitare l'azione di garenzia secondo l'art. 885 (805) onde farsi ristorare.

Se si trascuri nella divisione un fondo che vi andava compreso, si farà un supplemento di divisione, come dichiara il nostro articolo.

Se lo errore versi sulla esistenza dei dritti ereditari, trascurando uno dei coeredi, costui mercè la petizione di eredità domanderà i suoi dritti; ammettendo uno estraneo che si è ingannato, i beni assegnati a costui apparterranno sempre alla successione e saranno in comune; per questi beni omessi vi sarà un supplimento di divisione, come di sopra si è detto.

Se lo inganno versi sulla *quota* dei dritti ereditari, per esempio, ammettendo per un terzo chi aveva dritto per un quarto, manca la causa nella divisione, ed essendo nulle tutte le obbligazioni che manchino di causa, la divisione si dichiarerà come non avvenuta.

Se poi per errore, in una divisione alla buona e senza sorteggio, un condividente avesse accettato la sua porzione, che ci si credeva comprendere certi beni, mentre di altri si componeva, si comprende che non si darà luogo a rescissione; perchè la divisione non mira ad assegnare questi o quei beni a tal condividente, ma soltanto a far cessare la comunione.

888 (808).—L'azione di rescissione sarà ammessa, contro qualunque atto il quale abbia per oggetto di far cessare la comunione tra i coeredi, ancorchè fosse qualificato con titoli di vendita, di permuta, e di transazione o di qualunque altra specie.

Ma dopo la divisione o dopo l'atto fatto in luogo della medesima, la azione di rescissione non è più ammissibile contro la transazione fatta sopra le difficoltà reali che presentava il primo atto, ancorchè non vi fosse stata sopra tale oggetto alcuna lite incoata.*

SOMMARIO

I. Questo articolo e i tre seguenti si occupano della rescissione per lesione.

II. La rescissione per lesione non si ammette contro qualunque atto che faccia cessare la comunione, ma soltanto contro quelli che hanno per obbietto *tale divisione,*

III. La effettiva transazione sulle difficoltà di una antecedente divisione non è rescindibile per lesione.

* L'art. 808 delle leggi civili, relativo a' contratti tra coeredi, non è applicabile a quelli tra lo erede universale ed uno instituto *in re* certa. Corte suprema di Napoli 14 marzo 1826.

L' atto che fa cessare la comunione tra coeredi è atto di divisione; rimanendo una comunione parziale, non ha luogo il giudizio *familiae erciscundae* ma l'altro *comuni dividundo*. C. suprema di Napoli 14 sett. 1848.

I. — 426. La legge, indicate nel primo articolo della sezione le tre cause di rescissione delle divisioni, tratta specialmente della lesione nei quattro art. 888 a 891 (808 a 811) e poi del dolo e della violenza nell'art. 892 (812).

Diciamo trattarsi della rescissione *per lesione* nel nostro e nei tre seguenti articoli. Difatti il nostro art. 888 (808) ci insegna che la rescissione è ammessa, qualunque sia la forma e la qualifica dell'atto scelto per far cessare la comunione. — Or gli è chiaro che il legislatore non avrebbe stimato utile annunziare questa proposizione pel caso di dolo, o di violenza; essendo risibile dirsi in un articolo che il dolo e la violenza annullerebbero la divisione, *ancorchè fosse qualificata di vendita, permuta o transazione*, mentre secondo i principî generali, essi rendono nullo qualunque atto di *vendita, permuta o transazione*. La cosa va diversa, quanto alla lesione, la quale, essendo causa di nullità per eccezione ed in alcuni casi, avrebbe potuto tenersi non applicabile quando la comunione fosse cessata con una transazione, una permuta; giovava quindi esprimere il contrario.

Questa idea di trattarsi della rescissione per lesione, riesce anche più viva pel seguente articolo, il quale dichiara che non è ammissibile la rescissione contro una vendita di dritti successori. Or trattandosi di una dimanda di nullità per avere il mio contraente usato contro di me disonesti raggiri onde ingannarmi, o fattomi sottoscrivere colla pistola al petto, questa domanda sarebbe evidentemente ammessa tanto contro una vendita di dritti successori che contro qualunque altro atto.

L'art. 890 (810) si restringe a dire in che modo si conoscerà esservi lesione; e l'art. 891 (811) continua la medesima idea con dichiarare che il convenuto può troncare il corso alla azione di rescissione pagando il supplemento della porzione ereditaria dell' attore.

II. — 427. Torniamo al nostro articolo. Secondo esso (noi già lo sappiamo), si può impugnare per lesione di più del quarto qualunque atto che tenda a far cessare la comunione, quand' anche si presentasse colla forma e il nome di altra qualunque convenzione. Gli è ben vero, che per la semplice lesione di più di un quarto, non si potrebbe, secondo il dritto comune, censurare nè una vendita, nè una permuta, nè specialmente una transazione; ma quando tali atti mirano per lo appunto a far cessare la comunione, essi in fondo contengono realmente una divisione, e la eguaglianza che è dell' essenza di essa, deve allora richiedersi così rigorosamente come se l'atto avesse avuto la forma e il nome di divisione.

Ma non bisogna andare più in là che non vuole il testo nè lo spirito della legge. Il nostro articolo ammette la rescissione per lesione di un quarto, per gli atti che hanno avuto *per oggetto* di far cessare la comunione, che sono stati fatti *con questo fine*, e non già contro quelli che accessoriamente tale effetto partoriscono. Così, supponiamo che più individui che si pretendano chiamati ad una successione, non convengono intorno alla esistenza, e alla quota dei loro dritti (credendosi erede tale che gli altri sostengono non esserlo, o dicendosi chiamato per la tal porzione, mentre gli altri gliene vogliono consentire una minore) supponiamo che questi individui rinunzino alle loro reciproche e contraddittorie pretensioni, assegnando il tal fondo a questo pretendente, e l' altro a quello; allora, non mirando propriamente l' atto a far cessare la comunione, non sarebbe, secondo noi, applicabile il nostro articolo. In questo caso, l' atto non ha soltanto la forma e la qualifica di una transazione, ma è una *reale* transazione; a prescindere dalla forma e dal nome dell'atto, gli è vero che non si è fatta una semplice divisione, non si è detto come in una divisione, che questi e quelli prenderebbero questi e quelli beni per il loro quarto, terzo o metà della successione (quando i beni dovrebbero valere presso ad un quarto la porzione della eredità per cui son contati); si è detto che questo e quello prenderebbero questi e quei *beni*, (qualunque ne fosse il valore, qualunque

il dritto delle persone) come prezzo di loro rinunzia all' una o all'altra pretensione— Come dunque potrebbe in questo caso trattarsi di lesione? Come potrebbe dire un pretendente di non avere avuto i tre quarti della porzione a lui spettante, quando si è ignorato qual porzione gli appartenesse?

III. — 428. È tanto semplice la disposizione del nostro secondo paragrafo che non occorreva scriverla nella legge. Fatta la divisione, o nella forma ordinaria, o con qualunque atto equivalente, gli è chiaro che la regola del primo paragrafo non debba più applicarsi agli atti che potrebbero seguirla. Così se una divisione fa insorgere difficoltà sulle quali si transige, gli è evidente che il secondo atto non è una divisione (essendosi dianzi consumata la divisione) ma una reale transazione, e quindi non occorre impugnarla per lesione.

Ma bisogna per fermo, perchè la cosa vada così, che questo atto sia serio ed abbia veramente per oggetto reali difficoltà; in altri termini che sia una transazione. Perocchè, se l'atto qualificato di transazione fosse derivato da pretese difficoltà che non esistano; se le parti onde eludere le regole della legge intorno alla lesione, avessero fatto un primo atto di divisione destinato a rimanere ineseguito, e si farebbe seguire da una pretesa transazione, prodotta da imaginarie difficoltà, nella quale vi fosse la lesione di più del quarto, allora questo secondo sarebbe il solo atto di divisione che era dal primo preparato, ed occorrerebbe annullare il tutto.

889 (809). — La detta azione non è ammessa contro una vendita di diritto ereditario fatta senza frode, ad uno dei coeredi, a di lui rischio e pericolo, dagli altri coeredi o da uno di essi.

429. Non bisognerebbe credere che vi sia contraddizione fra il nostro articolo che nega la rescissione per lesione contro una vendita del dritto successorio, e l'articolo precedente che l'ammette per l'atto che ha fatto cessare la comunione ancorchè qualificato di *vendita*. Le due ipotesi prevedute sono molto diverse: Quando di due eredi l'uno vende all'altro per 24,000 fr. la sua metà indivisa in questi e quei beni componenti la successione, evvi una vendita ordinaria, e la rescissione per lesione deve ammettersi contra la divisione fatta con tal forma. Se dunque si riconosce che la metà così ceduta valesse più di 32 mila franchi, il venditore che avendone ricevuto 24,000 sia leso oltre il quarto, potrà farla rescindere; che se la metà valesse 16,000 franchi (e quindi la intera successione 32,000), l'azione di rescissione spetterebbe al compratore, che per la sua parte ha 8,000 in vece di 16,000 (pagandone egli 24,000 per averne 32,000). Ma se al contrario si è voluto comprare e vendere la metà dell' erede, non in questi e quei beni componenti la successione, ma nella successione tale quale essa è, e con la consistenza che avrà quando più innanzi si conosceranno le sue entrate ed uscite; se in altri termini la formula con cui siesi manifestato il pensiero della parte fosse stato questo; « Io vi vendo per 24,000 franchi » la mia metà nella successione qualunque ne sia il valore, valga 50,000 oppure 10,000 » gli è ben chiaro che non si potrà giammai parlare di lesione. In questo caso si è convenuto un contratto aleatorio, nel quale ciascuna parte si è assoggettata ben volentieri e legalmente a tutti i rischi possibili di perdita in compenso dei rischi reciproci di guadagno che gli fossero dati.

890 (810). — Per riconoscere se vi sia stata lesione si fa eseguire la stima degli effetti, giusta il loro valore all'epoca della divisione.

430. La rescissione per lesione può ammettersi solo pel condividente che nella divisione non ha avuto i tre quarti di ciò che dovea ricevere; or gli è manifesto che onde

conoscere il ricevuto, e quel che dovea ricevere, occorre stimare non il valore presente, dei beni ma quello che avevano al momento della divisione

891 (**811**). — Quegli che è convenuto colla azione di rescissione, può troncare il corso alla medesima, ed impedire una nuova divisione, offrendo e rilasciando all' attore il supplimento della sua porzione ereditaria, o in denaro o in natura.*

431. Questo articolo, come i tre precedenti, secondo noi abbiamo già detto, si riferiscono alla lesione. Dalla semplice lettura dei due articoli **890** e **891** (**810** e **811**) ben si scorge che essi sono intimamente legati l' uno all'altro; il primo dice come essendovi domanda per lesione si determinerà il danno patito, cioè la differenza fra quello che l' erede ha ricevuto, e quel che dovea ricevere; aggiunge il secondo, che il convenuto può schivare una novella divisione pagando questa medesima differenza. Il seguente articolo **892** (**812**) è il primo e il solo che parla del dolo e della violenza.

Bisogna dunque riconoscere, che la facoltà d' impedire una novella divisione, somministrando un supplemento, non spetterà a colui che avrebbe ottenuto la divisione con dolo o violenza, essendo cosa immorale offrirgli questo vantaggio.

892 (**812**). — Il coerede che ha alienato la sua porzione in tutto od in parte non è più ammesso a proporre l' azione di rescissione per dolo o violenza, se l' alienazione è seguita dopo che gli fu palese il dolo, o è cessata la violenza.

432. Siccome i quattro precedenti articoli si riferiscono alla lesione, così il presente, che che ne dicano Delvincourt e Chabot (n. 2), son relativi al dolo e alla violenza, secondo appare evidente dal testo del nostro articolo, e meglio ancora dal suo spirito. — Difatti il nostro articolo dichiara non ammessibile l'azione dell'erede che ha venduto la sua porzione posciachè è stato nel punto di agire per la rescissione, scorgendosi in questa alienazione una ratifica della divisione, una rinunzia alla sua azione. Ora egli è provato dall'art. 888 (808) che nel caso di lesione questa rinunzia, quand'anche fosse formalmente espressa, riuscirebbe inefficace. Invero il secondo paragrafo di questo articolo dichiara che una transazione sopra una antecedente divisione che fosse rescindibile per lesione, è valida in quanto versa sulle difficoltà reali dell'atto di divisione. Se dunque si faceva col nome di transazione un atto per rinunziare formalmente al dritto di *far rescindere*, quando non esistessero reali difficoltà, l'atto sarebbe nullo, e la rinunzia alla azione, tuttochè formale, resterebbe come non avvenuta. Ma essendo così del consenso formalmente dichiarato, con maggior ragione non può bastare il consenso tacito che s'induce dalla alienazione onde togliere di mezzo la rescissione per lesione (1).

433. Così, solo nel caso di dolo o di violenza, l'alienazione fatta dal condividente, in punto di domandare la rescissione, estingue l'azione. Ma che decidere, se in questo stesso caso, l'alienazione fosse stata fatta dagli altri condividenti, da quelli che hanno praticato il dolo e la violenza? La alienazione fatta dopo, dei beni *assegnati* loro da una viziosa divisione, estinguerebbe anche l'azione, in questo senso almeno di non potersi togliere ai terzi-acquirenti i beni ad essi ceduti, e di essere ridotto l'erede, vittima del dolo o della violenza,

* Non è il caso di accordare il beneficio dello articolo 811 delle leggi civili, se si domandi goderlo nell'ultimo corso di un annoso giudizio di divisione, molto meno se si trovi espressa la volontà di non volerne profittare. C. supr. di Napoli 11 sett. 1845.

(1) *Conf.* Toullier (IV 583); Delaporte (III, p. 404); Duranton (VII, 589); Lione, 5 aprile 1813; Rig., 27 ottobre 1814; Bourges, 23 aprile 1826; Bordeaux, 6 luglio 1826; Rig., 24 genn. 1833; Nimes, 15 gennaro 1839 (*J. du P.*, 1839, t. 1, 206).

a domandare i danni ed interessi ai suoi condividenti? Delvincourt risponde di sì; ma noi non potremmo adottare la sua sentenza.

Se è vero che non possiamo mai trasferire ad altri quei dritti che non abbiamo, coloro che hanno ceduto i beni non hanno dunque potuto trasferire ai loro acquirenti se non che quella proprietà risolubile e rescindibile che essi avevano. — È questo un principio che non potrebbe schivarsi senza una formale eccezione; ma questa non esiste (1).

434. Il dritto di domandare la rescissione della divisione, per qualunque siasi causa, dura per dieci anni; il qual termine corre, pei maggiori, dal giorno stesso dell'atto, essendovi lesione, e negli altri casi, dal punto che cessa la violenza, o si scopre il dolo; pei minori e gl'interdetti corre dal giorno della maggiore età, o da quando è tolta la interdizione (art. 1404 (1258)).

Abbiamo osservato nelll'art. 822 (741) che l' azione di rescissione si sperimenta avanti il tribunale dell'apertura della successione; ed abbiamo sul proposito spiegato la contraddizione che presentano a prima giunta gli art. 882 (802) e l'articolo 59 (151) Cod. proc. civile.

SUNTO DEL TITOLO PRIMO

DELLE SUCCESSIONI

N. B. — *Le indicazioni degli articoli, posti fra parentesi nel sunto, rimandano non tanto al testo che al commento degli articoli indicati.*

I. — In un senso generale, vi è *successione quante* volte un dritto qualunque passa da una in altra persona. Nel qual senso, in tutti i modi di trasmissione di proprietà si scorge manifestamente una *successione*; perchè l' acquirente rispetto alla cosa acquistata è sempre successore del precedente proprietario. Ma qui non trattiamo delle successioni intese *lato sensu*; nel nostro titolo la parola *successione* ha un altro significato tecnico e affatto particolare, che presenta una maniera speciale di acquistare.

E dapprima non discorresi qui delle successioni che han per oggetto cose particolari, ma di quelle soltanto che si riferiscono alla universalità di un patrimonio; 2° Non trattasi nemmeno delle successioni, anche universali, ad una persona vivente; 3° In ultimo, non basta che la successione sia universale e ad una persona defunta; bisogna altresì che il successore sia chiamato, non per la espressa volontà del defunto, ma per sola disposizione della legge; senza di che, sarebbevi donazione per testamento, e non successione.

La successione, risguardata come maniera speciale di acquistare, deve dunque diffinirsi; La trasmissione universale dei dritti di un defunto al superstite indicato dalla legge.

Parleremo successivamente in cinque capitoli:

1. Dell'apertura delle successioni.
2. Delle diverse specie di successioni.
3. Delle condizioni richieste per succedere.
4. Dei differenti partiti cui può appigliarsi il successibile, cioè dell'accettazione e della rinunzia delle successioni.
5. Infine degli effetti della successione.

(1) Chabot art. 887 (807), n. 5); Toullier (IV-573); Vazeille (n. 3).

CAPITOLO PRIMO

DELL' APERTURA DELLE SUCCESSIONI

II. La successione di una persona si apre allo stesso momento della sua morte, naturale o civile (718 e 719) 638 e 639 MM)) quando si effettua la trasmissione dei dritti in favore di colui che in se riunisce allora le condizioni volute dalla legge, e principalmente quella di esistere (art. 725 (646)).

Giova dunque conoscere lo istante preciso della morte, quando la persona che doveva succedere, sia morta quasi ad un tempo che quella della cui successione si tratta.

Così, quando Secondo, presuntivo successore di Primo, sia morto presso a poco nel medesimo tempo che questi, giova determinare il momento della morte di ciascheduno. Imperocchè, se Primo e Secondo sieno morti per lo appunto nel medesimo istante, la successione di Primo non ha potuto l'altro raccogliere, e vi sono allora due distinte successioni, ognuna delle quali passa separatamente al presuntivo successore di ciascun defunto. Se, per lo contrario, Secondo sia sopravvissuto a Primo, anche di un minuto, egli ha raccolto la sua successione, e in conseguenza Terzo, rappresentante di lui, prende tutti i beni dei due defunti riuniti nella successione unica di Secondo. E se pure Terzo rappresentante di Secondo, lo fosse anche di Primo, vi sarebbe sempre questa differenza: che nel primo caso essendo distinte le due successioni, e l'una dall'altra indipendenti, Terzo potrebbe accettar l'una rinunziando l'altra, mentre nel secondo caso, la successione di Primo devoluta a Terzo come parte del patrimonio di Secondo, egli non potrebbe averla che dopo accettata quella dell' ultimo.

III. — A colui che pretende profittarne appartiene determinare l'ordine delle morti di più persone; così, nel riferito esempio: se Terzo chiamato alla successione di Secondo, non a quella di Primo, richiede anche questa ultima, pretendendo sia riunita a quella di Secondo, deve egli provare che Secondo sia sopravvissuto a Primo (135, 722, (173, 643)).

L' ordine delle morti può in due modi stabilirsi 1° colla prova perfetta e propriamente detta, che dà la certezza del fatto allegato e che può sempre farsi con testimoni (1).

2° colla prova imperfetta che dà solamente la probabilità del fatto, e che la legge permette ai giudici di trarre dalle circostanze quando è ammessa la prova testimoniale.

IV. — Se non è provato l' *ordine delle morti* di diverse persone, le cose avvengono necessariamente come se fosse certo che tutte sieno morte nello stesso tempo, e la successione di ciascuna è devoluta come se le altre non fossero mai esistite.

Così, quando tre fratelli di cui ciascuno aveva per successori, in primo luogo, i suoi due fratelli, in secondo e in loro mancanza, la moglie, muojono lo stesso giorno, l'uno a Parigi in una sommossa, a Lione l'altro in un incendio, il terzo a Rouen in una inondazione, senza che possa conoscersi se vi sia stato intervallo fra le loro morti, la moglie di ognuno di loro ha la successione del marito, quasi non abbia avuto mai fratelli. Difatti, non si sa allora se alla morte di quel fratello, gli altri due o uno di essi vivessero ancora; or quando si apre una successione a cui sarebbe chiamato, se vivente, un individuo di cui non costi la esistenza, la ragione non che il testo preciso del Codice esigono che

(1) Potrà farsi con testimoni anche contro il contenuto degli atti di morte, dacchè la menzione del momento della morte non è una di quelle di cui lo officiale pubblico possa attestare *propriis sensibus* e quindi non fa fede che sino alla iscrizione di falso.

la successione passi a colui che deve raccoglierla in mancanza di questo individuo. (art. 136, 722 (142, 643)).

Se per lo opposto fosse chiarito che i tre fratelli non sieno morti nello stesso punto, e che l'uno sia agli altri due sopravvissuto, le successioni di costoro raccoltesi da lui, passerebbero colla propria alla sua vedova che sola prenderebbe i beni dei tre defunti.

V. — A tal principio di dritto comune, che le diverse successioni devono essere dichiarate aperte nello stesso tempo, quando la sopravvivenza dell'uno dei defunti non sia nè certa, nè probabile, la legge fa eccezione in un caso speciale in cui ella medesima determina per presunzione, l'ordine delle morti; cioè quando più persone sieno chiamate reciprocamente a succedersi, e sieno morte lottando in uno stesso avvenimento contro una causa comune di distruzione (720 (641)).

Mancando allora la prova e la probabilità, *sull'*ordine delle morti, è legalmente presunto secondo le forze dell' età o del sesso, in questo modo:

La legge pone gli uomini in tre classi, *divise* dalle due età di quindici e sessanta.

Al di sotto di quindici anni l' uomo è nella debolezza, ma si avanza verso la forza; fra i quindici e i sessanta, è nella pienezza della sua forza, che pure va scemando col crescere degli anni: al di sopra dei sessanta egli ricade in una debolezza maggiore ancora di quella del fanciullo e sempre crescente.

In conseguenza, la persona di quindici a sessanta anni sopravvive o al fanciullo, o al vecchio; il fanciullo rispetto al vecchio, gli sopravvive ugualmente : fra più fanciulli, il più grande sopravvive agli altri, fra più vecchi, al contrario, il più giovane; infine fra più individui tutti di quindici a sessant'anni e parimente il più giovane. — Nondimeno, in questo ultimo caso, cioè fra i quindici e i sessanta si determina dapprima secondo la differenza del sesso, se le persone sono quasi della stessa età, il maschio allora sopravvive alla femmina : solamente per le persone dello stesso sesso, o che presentano una differenza di età maggiore di un anno, si torna alla presunzione tratta dall'età, con attribuire al più giovane la sopravvivenza (art. 721, 722 (642, 643)).

Nel caso affatto speciale di una esecuzione a morte (la quale non può aver luogo che per individui maggiori di sedici anni) una legge particolare (20 prat. anno V) vuole, che non conoscendosi l'ordine delle morti (il che sarà ben raro) si attribuisca sempre al più giovane la sopravvivenza, senza distinzione di sesso. Del resto, queste presunzioni legali essendo una regola eccezionale che deroga al dritto comune, non possono quindi estendersi oltre ai termini della legge; nè si potrebbe 1° applicarli ad altri casi non preveduti, 2° nè appoggiarli, in questo caso preveduto, ad altre basi che alla età e al sesso.

Così, dapprima le presunzioni non si applicheranno, nè fra persone morte in avvenimenti distinti, nè fra persone nella chiamata delle quali non vi fosse reciprocità.

Da altra parte, se fra persone reciprocamente chiamate e morte nello stesso infortunio, non vi fosse alcuna nota differenza di età o di sesso, non si potrebbe fondare la presunzione sulla differenza di complessione e di temperamento. Una grande differenza fra le forze di due individui o la infermità di uno di loro, potrebbe solo, come circostanza di fatto, procurare la prova di secondo ordine e la probabilità di cui abbiamo ragionato nell' ultimo paragrafo del n. III. Da ultimo, queste presunzioni non si applicherebbero mai fra individui chiamati per donazione o testamento, essendo dettate solo per le successioni legittime (art. 722 (643)).

CAPITOLO SECONDO

DELLE DIVERSE SPECIE DI SUCCESSIONI

VI. — Distinguonsi due specie di successori; i regolari o *eredi* propriamente detti, e i *successori irregolari* o *eredi imperfetti* (art. 723 (644)).

Gli eredi rappresentano pienamente il defunto, e ne raccolgono quindi assolutamente tutti i dritti e tutte le obbligazioni; raccolgono tutti i dritti, per forma che dalla morte di quello sono investiti non che della proprietà, ma e del possesso legale dei suoi beni; reciprocamente si gravano di tutte le obbligazioni, talchè sono personalmente tenuti a soddisfarle, quand'anche oltrepassassero le entrate della successione (art. 724 (645)).

I successori irregolari non rappresentano il defunto. Di conseguenza, sebbene investiti della proprietà dei beni di lui, non ne hanno *ipso jure* il possesso; debbono anzi domandarlo o dagli eredi investiti, se ce ne ha, o giudizialmente.

Per la medesima ragione, essi non sono soggetti ai debiti che in quanto posseggono i beni che ne rispondono, e quindi sino alla sola concorrenza del valore di essi (art. 724 (645)).

Un individuo ha per eredi tutti i suoi parenti legittimi fino al dodicesimo grado inclusivamente (art. 755, p. 1 (T)), per suoi successori irregolari i parenti naturali il coniuge e lo Stato (art. 723 (644)). Così, onde conoscere se i successori sieno eredi o semplici successori, deve aversi riguardo alla loro qualità, non a quella del defunto; un defunto legittimo può avere successori irregolari, mentre eredi legittimi può avere uno spurio, anche adulterino o incestuoso.

SEZIONE PRIMA

DEGLI EREDI PROPRIAMENTE DETTI

VII. — I parenti legittimi di un defunto sino al dodicesimo grado non concorrono tutti alla sua successione; anzi sono divisi in quattro ordini, ognuno dei quali è chiamato in mancanza di qualunque altro parente del precedente ordine. Innanzi di indicare questi quattro ordini di eredi, presenteremo in un primo paragrafo generali nozioni intorno alla parentela, alle sue linee e ai gradi, e intorno alla rappresentazione ammessa in certi casi dalla legge.

§ 1. — *Regole generali.*

VIII. — *Della parentela, e delle linee e dei gradi di essa.* — Diconsi parenti legittimi quelli che discendono l'uno dall'altro, o da un comune autore, mercè legittimi matrimoni.

La serie dei parenti, discendenti l'uno dall'altro, forma una linea (art. 736 (657)).

La linea è retta in se stessa se si considera fra le persone che la compongono; è collaterale o linea di lato rispetto alle altre linee che partono dallo stesso autore *(ibid.)*. Diconsi del pari parenti diretti quelli che appartengono ad una stessa linea, e collaterali quelli appartenenti ad un altra linea (art. 733 (T)). Ciascuna linea è discendente o ascendente secondo che si consideri, o movendo dallo autore per venire a quello che ne è uscito, o da questo risalendo a quello *(ibid.)*.

Chiamansi parenti *paterni* d'una persona, il padre, e tutti quelli che a lei si congiungono per mezzo del padre; parenti *materni* la madre e quelli che per mezzo della madre a lei si attaccano; quelli

che le si rannodano dal lato paterno e materno, e sono quindi in pari tempo paterni e materni, diconsi parenti *germani*.

I paterni se sono fratelli o sorelle, diconsi più specialmente *consanguinei*, e i materni *uterini*.

Ciascuna delle linee paterna e materna di una persona suddividesi in due rami che comprendono l' una i parenti paterni, l'altra i materni o del padre o della madre di essa; ma a tal distinzione di rami non dee mai aversi riguardo per lo deferimento dell' eredità (art. 764 (679)). In vero per questo oggetto non si cercano mai che i parenti paterni o materni del *de cujus;* ora tutti i parenti (paterni, materni o germani) di mio padre sono per me paterni, e tutti i parenti (anche paterni) di mia madre sono per me materni.

Chiamasi *grado* lo intervallo di due persone che discendono immediatamente l'una dall'altra (art. 735 (656)). Per computare i *gradi fra due parenti retti*, basta scendere *o risalire* dall' uno all' altro sommando i successivi intervalli; fra due collaterali, bisogna risalire da uno di loro al comune autore per discendere da quello all' altro parente *(ibid.)*.

IX.—*Della rappresentazione.*—La legge chiama rappresentazione una finzione per cui fa rivivere il defunto nella persona del figlio in guisa, che costui si trovi posto nel grado di suo padre ed eserciti nella successione i dritti che quegli eserciterebbe se ancora vivesse (art. 739 (660)). Dovendo così il rappresentante occupare il posto del rappresentato, è dunque necessario che questi sia morto naturalmente o civilmente al tempo della apertura della successione (art. 744 (666)).

Non potendo rappresentarsi chi è vivente al tempo della apertura della successione, non si rappresenteranno dunque nè colui che ha rinunziato alla eredità, nè colui che ne è stato come indegno rimosso. Però il rinunziante può ben rappresentare quello alla di cui eredità ha rinunziato, come del pari lo indegno, quello dalla di cui successione sia stato escluso (art. 744 (666)).

Del resto, la rappresentazione non si ammette in favore di tutti i parenti, ma solo pei discendenti di un figlio di un fratello o di una sorella del defunto; è in infinito cioè che il figlio può rappresentare il padre e per esso l' avo e per l' avo il bisavo e via dicendo (art. 741, 742 (662, 663)).

La finzione di cui parliamo, mettendo i rappresentanti nel posto del rappresentato, e dando loro quei dritti che egli, vivendo, avrebbe, ne conseguita che concorrendo questi rappresentanti con altri eredi, venienti, o anche per rappresentazione, o per proprio dritto, la divisione dei beni dee farsi non per capi ma per istirpi, cioè contando sempre per una i rappresentanti di una stessa persona (art. 743 (665)).

§ 2.—*Dei quattro ordini di eredi e della successione speciale degli ascendenti donanti.*

X.—La legge chiama ad una successione, in primo ordine, i discendenti del defunto; nel secondo, alcuni collaterali privilegiati, o soli, o in concorrenza con alcuni ascendenti anche privilegiati; nel terzo, gli ascendenti in generale, e nel quarto, i semplici collaterali.

Primo ordine. I discendenti di una persona, quale ne sia il grado, son chiamati a succederle innanzi a tutti gli altri parenti, o per proprio diritto, o per rappresentazione; e salvo l' effetto della rappresentazione, essi dividono la eredità in eguali porzioni senza riguardo a sesso o primogenitura (art. 745 (667)).

Secondo ordine. Mancando i discendenti, la eredità passa ai fratelli e alle sorelle del defunto, o a loro discendenti (venienti questi, o per diritto proprio, o per rappresentazione), e insiememente al padre e alla madre: prendono allora una metà i fratelli e le sorelle o loro discendenti, e l' altra metà il padre e la madre, cioè un quarto per ciascheduno. Se il padre solo, o solo

la madre viene alla successione prende sempre un quarto, e i collaterali privilegiati gli altri tre quarti, non succedendo il padre o la madre, prendono la totalità i collaterali.

E ciò che diciamo di più collaterali privilegiati, ha luogo ugualmente per un solo quale che sia, cioè quand'anche verrebbe di proprio diritto a un grado rimotissimo, e sarebbe parente del defunto in una linea sola (art. 748 a 751 (TT)).

Quando più collaterali privilegiati son tutti ad un tempo parenti del defunto in ambe le linee, o tutti nella medesima, la metà, i tre quarti, o la totalità a cui essi han dritto, secondo i casi, si dividono immediatamente fra loro, o per capi se tutti vengon per dritto proprio, o per istirpi se tutti o alcuni vengono colla rappresentazione. Ma non essendo tutti della stessa qualità, la massa a cui son chiamati, dividesi in due eguali parti; ma per ciascuna delle linee paterna e materna: così chiamansi all' una i consanguinei coi germani, all'altra questi medesimi germani cogli uterini (art. 752 (T)).

Terzo e quarto ordine. Quando il defunto non lascia nè discendenti nè fratelli, sorelle o loro discendenti, il suo patrimonio dividesi in due parti eguali, e forma, per dir così, due successioni delle quali, una attribuiscesi ai suoi parenti paterni e l'altra ai materni.

Ognuna di queste due successioni, cioè ciascuna metà del patrimonio, passa prima agli ascendenti di una linea (art. 746 (668-669)): e in loro mancanza, ai semplici collaterali della medesima linea (art. 753 (T)). Non esistendo nè ascendenti nè collaterali di una linea, la metà a questa devoluta si riunisce all'altra metà, e tutta la eredità passa agli ascendenti, o in mancanza loro, ai collaterali dell' altra linea (art. 745, § 2 (667)).

All'ascendente più prossimo o mancando ascendenti, al più prossimo collaterale è devoluta o la metà che appartiene ad una linea o tutta la eredità. Esistendo più ascendenti o più collaterali dello stesso grado, essi ugualmente divideranno fra loro (art. 746 e 753 (668-669 e T)).

Quando la metà devoluta ad una linea è raccolta dal padre o dalla madre, e la metà dell' altra passa non ad ascendenti ma a semplici collaterali, il padre o la madre oltre la sua metà prende l'usufrutto del terzo dell'altra metà (art. 754 (T)).

XI. Fuori lo esposto sistema generale, la legge ordina una successione affatto speciale per gli ascendenti donanti.

Qualunque ascendente che ha fatto donazione fra vivi al suo discendente, succede, escludendo tutti gli altri, morto senza prole il discendente, alle cose donate che si trovino in natura nella eredità, o al prezzo tuttavia dovuto della loro vendita, o in fine all'azione di ricuperamento che aveva morendo il donatario (art. 747 (670)).

Questo dritto di successione appartiene a qualunque ascendente, al padre o alla madre naturale legalmente conosciuti, quanto all'ascendente legittimo. Ma non apparterrebbe esso ad un avo sulla eredità del figlio, anche legittimo, del suo figlio naturale, nè su quella del figlio naturale del suo figlio legittimo, perchè il riconoscimento non stabilisce altro legame di parentela che fra colui che riconosce e chi è riconosciuto.

Questa riversione all'ascendente donante, esiste solo quando il discendente muore senza prole; sicchè perdesi tal dritto se egli lasci uno o più figli, legittimi o adottivi, o naturali legalmente riconosciuti, purchè questi figli vengano alla sua successione (*ibid.*). La riversione, abbiamo detto, ha luogo in tre casi: 1° quando la cosa, dovuta esiste ancora nell'eredità. L'alienazione fattane o per permuta o in qualunque altro modo, anche per testamento, farebbe perdere il dritto.

Nè basterebbe che la cosa fosse nell'eredità, bisogna vi sia per effetto della donazione dell'ascendente. Se dunque la cosa fosse stata alienata, e di poi riacquistata, non occorrerebbe il ritorno, non essendo più la cosa donata. Sarebbe senza dubbio altrimenti, e la riversione avrebbe luogo se

la cosa fosse rientrata nel patrimonio, annullatasi la precedente alienazione, o se ad istanza dell'ascendente si fossero giudicati fraudolenti l'alienazione e l'acquisto seguitone.

2° La riversione ha pur luogo allorchè l' alienazione della cosa, benchè effettuata, non sia interamente compita per esserne dovuto in tutto o in parte il prezzo; l'ascendente allora può riprendere il prezzo dovuto quale che esso sia.

3° In ultimo, nel caso stesso che fosse stata consumata l'alienazione, se muore il donatario ed ha un' azione da fare rientrare la cosa nel patrimonio, lo esercizio di essa spetterebbe all'ascendente: *Qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere intelligitur.*

Dall'essere questo dritto di ritorno stabilito dalla legge come un dritto successorio, conseguita: 1° che l'ascendente donante non potrebbe esercitarlo se fosse indegno (*ved.* numero XXV); 2° che non *potrebbe* validamente rinunziarvi in vita del donatario; 3° che egli è investito di pieno dritto dal giorno dell'apertura della successione; 4° che è libero di accettarla o puramente o col beneficio dell'inventario, ovvero di rinunziarvi; 5° che accettando puramente egli deve sostenere i pesi ereditarî, anche *ultra vires bonorum*, in proporzione dei beni che prende rispetto alla totalità delle entrate (*ibid.*).

Ma se dessa è una successione affatto particolare, non bisogna confonderla con quella ordinaria. Havvi allora quanto al patrimonio, due successioni distinte ed indipendenti che non comprendono i medesimi beni, non si acquistano col medesimo titolo, non son devolute ai medesimi eredi, e di cui l' una presenta per lo più una legittima, e l'altra non mai (*ibid.*).

L'ascendente donante può evidentemente essere chiamato in pari tempo all' una e all'altra, nel qual caso è libero di accettar l'una e ripudiar l'altra.

E dacchè sopra la eredità dei beni donati non avvi legittima la quale soltanto è dovuta nella successione ordinaria, ne conseguita: 1° che i beni di cui la prima si compone, non possono mai esser contati per valutare la legittima dovuta sulla seconda; 2° che non si potrebbe pagare con quelli beni la legittima. E ciò è vero, tanto se il donante raccoglie le due eredità, che quando nò; perchè allora vi son sempre due successioni a ciascheduna delle quali egli è chiamato con diverso titolo; or senza dubbio non si può pagare la legittima dovuta da una eredità coi beni di un'altra.

Del resto, se il donante, essendo solo chiamato alle due successioni, smettesse come ne ha dritto, il titolo di donante, e facesse solamente uso della qualità di erede ordinario, non vi sarebbe allora che una sola e medesima successione, e bisognerebbe raccoglierla o rinunziarla tutta, una sola massa di beni la cui totalità sarebbe obbligata alla riserva, e servirebbe a stabilire il *quantum* e a pagarla.

SEZIONE II.

DEGLI EREDI IMPERFETTI O SUCCESSORI IRREGOLARI.

XII.—Una persona, come abbiamo detto, può avere per successori irregolari: 1° i parenti naturali, 2° il coniuge, 3° lo stato. Intratteniamoci separatamente di ognuna di queste tre classi.

§ 1.—*Successione dei parenti naturali.*

XIII.—La legge non concede alla parentela naturale i medesimi dritti di successibilità della parentela legittima. Così, oltrecchè i parenti naturali non sono mai eredi, la qualità stessa di successore irregolare appartiene a pochissimi fra loro.

La legge chiama da prima i figli naturali del defunto . i quali essendovi eredi legittimi, hanno il privilegio di concorrere con essi. In questa concorrenza i figli naturali hanno sempre una parte di quello che avrebbero avuto se fossero stati essi legittimi, cioè il terzo, concorrendo con figli o discendenti legittimi; la metà, essendovi collaterali privilegiati o ascendenti, e i tre quarti, essendovi collaterali ordinarî. Questa parte, concorrendo più figli naturali, si valuta non per ogni figlio separatamente, ma per tutti in massa, per forma che essi debbono fra loro dividere il terzo, la metà o i tre quarti di quello che avrebbero avuto se fossero stati tutti legittimi (art. 757 (674)).

Qualunque successione devoluta ad ascendenti o a collaterali ordinari dividendosi in due distinte successioni, pei parenti di ciascuna linea , ne deriva che passando una di esse agli ascendenti e l' altra ai collaterali, i figli naturali prenderanno metà nella prima, tre quarti nell'altra.

In mancanza di eredi legittimi , i figli naturali prenderanno la totalità dei beni (art. 758 (674)).

I dritti sopra riferiti possono essere esercitati per rappresentazione dai figli o discendenti legittimi del figlio naturale premorto (art. 759 (675)).

Essendosi fatta, fra il padre o la madre e il suo figlio naturale, una convenzione (permessa qui per eccezione ai principî) che riduce a metà la porzione che il figlio avrebbe dovuto avere , tal convenzione avrà il suo effetto; purchè il figlio con siffatta convenzione abbia ricevuto questa metà o almeno una notabile parte di essa , salvo in quest'ultimo caso a compierla alla morte dell'autore. Se il figlio nulla avesse ricevuto in vita del suo autore, o ricevuto una minima parte della metà che gli potrebbe esser data, sarà nulla per lo intero la convenzione; sarebbe del pari nulla la rinunzia del figlio al complemento della sua metà; se non che tal nullità non trarrebbe per fermo quello della convenzione principale (art. 761 (T)).

Per altro questa riduzione volontariamente accettata, ed effettuata mercè una donazione fra vivi, può farsi solamente fino alla metà della porzione sopra determinata, e non fino alla metà della legittima, a cui il figlio naturale potrebbe essere d'altra parte ridotto con le liberalità che esauriscono la quota disponibile.

XIV. — Se il defunto non lascia nè parenti legittimi, nè figli naturali , nè rappresentanti legittimi di questi , ed ha il padre e la madre naturale, o uno di loro, la sua successione passa a questi ascendenti o a questo unico ascendente (art. 765 (680)).

Pure se concorrendo due ascendenti, vi fossero beni donati da un di loro, questo solo li riprenderebbe come si sa (n. IX), e dividerebbe gli altri. Di più, se sia premorto uno degli ascendenti, tutti i beni che da *lui* ha ricevuto il defunto, o per donazione o legato o nella sua successione, passano ai fratelli e sorelle naturali del defunto, figli legittimi dell'ascendente, o ai loro discendenti legittimi venienti per rappresentazione, escludendo l' altro ascendente da cui solo gli altri beni si raccolgono (art. 766 (681)). — Tutto questo può avvenire solamente quando il defunto è uno spurio.

Se il defunto spurio non avente parenti legittimi, nè figli naturali, nè rappresentanti legittimi di questi, non lascia alcuno dei suoi due ascendenti, la successione di lui passa a quelli dei suoi fratelli e sorelle naturali che sono al pari di lui spurî o ai discendenti legittimi di costoro, venienti con o senza rappresentazione. Bisogna sempre eccettuarne i beni provenienti da uno degli autori del defunto, i quali passano ai suoi fratelli e sorelle naturali, figli legittimi di questo autore o ai loro discendenti legittimi venienti per rappresentazione (art. 756 (674)).

Ciò che diciamo dei beni provenienti da uno degli autori non applicasi soltanto ai beni trovati in natura nella eredità, ma anche all'azione di ricuperamento, o al prezzo tuttavia dovuto di quelli che fossero alienati *(ibid.)*.

I fratelli e sorelle naturali del defunto, figli legittimi dello stesso autore al pari di

lui (i quali son preferiti pei beni venienti dal comune autore, ai fratelli e sorelle figli bastardi, ed anche all'altro ascendente), non hanno mai dritto agli altri beni del defunto; la legge ha solamente voluto render loro ciò che loro avea tolto la presenza del bastardo. Viceversa, i fratelli e sorelle naturali di un figlio legittimo non gli succedono mai.

XV. — Facciamo qui due importanti osservazioni, e da prima che i parenti naturali di un defunto possono a questo succedere quando è legalmente riconosciuta la parentela che li lega; e secondariamente, che tale effetto non produce la parentela adulterina o incestuosa, dato anche che si trovasse provata per la forza delle cose (art. 756 e 662 (674 e 678)).

Il solo risultamento attribuito qui dalla legge alla parentela adulterina o incestuosa, conosciuta per la forza delle cose, è di dare non a tutti i parenti, ma solamente al figlio, un dritto agli alimenti sulla successione dei suoi autori. Questi alimenti si presteranno in proporzione dei bisogni del figlio e del valore della eredità, non che della qualità e del numero dei successori a cui passano i beni. Dal prestarsi poi secondo i bisogni del figlio, ne deriva che non si dovranno più se egli non sia in bisogno (poichè ha sufficienti mezzi o nel posto che gli avrebbe procurato uno dei suoi autori o nei beni che egli possiede (articolo 761 a 764 (T-679)).

§ 2. — *Successione del conjuge e dello Stato.*

XVI. Non lasciando il defunto nè erede *legittimo nè* parente naturale capace di *succedergli, i* beni di lui passano al suo conjuge (art. 767 (683)).

In mancanza di conjuge la successione in pari circostanze appartiene allo Stato art. 768 (684)).

§ 3. — *Formalità richieste pei successori irregolari.*

XVII. — Quando colui che domanda un'eredità è parente legittimo del defunto, la legge non bada alla possibile esistenza di parenti più prossimi; e perchè questi non si presentino, lascia che chi domanda, erede apparente, si impadronisca dei beni, senza imporgli veruna formalità a fin di proteggere i dritti del vero erede che potesse di poi presentarsi. Avviene altrimenti, e mostrasi più severa la legge, quando la eredità vien reclamata da successori irregolari. In questo caso, il sospetto di esistere eredi o solamente più successori prossimi di quelli che si presentano, ha fatto imporre a questi alcune formalità che garentissero almeno per qualche tempo, i dritti di quelli che potrebbero più tardi reclamare. Tali formalità sono diverse per lo Stato e per gli altri successori.

XVIII. — Qualunque parente naturale ed anche il conjuge che vuol raccogliere una eredità, deve incominciare dal fare apporre i suggelli, la di cui remozione dovrà essere accompagnata da un inventario. Deve quindi domandare dal tribunale nel di cui circondario apresi la successione, la immissione in possesso, che può solo esser pronunziata dopo le pubblicazioni ed affissi con cui si rendono avvisati i successori più prossimi, e intese le conclusioni del pubblico ministero. Egli è altresì tenuto o a far vendere i mobili per impiegarne il prezzo ritrattone, non che i capitali trovati nella eredità, o a prestare una sufficiente cauzione onde assicurare la restituzione possibile dei mobili e dei capitali. Il quale impiego o la qual cauzione son richiesti per soli tre anni (art. 769, 773 (TT)).

Ciò non pertanto il figlio naturale è sottoposto a tali formalità, quando succede alla totalità dei beni in mancanza di eredi legittimi. Concorrendo coi suoi parenti legittimi, egli deve fare ad essi la domanda

del rilascio, cioè la domanda di divisione di eredità.

XIX. — Se la successione è, o sembra devoluta allo Stato, le formalità da compiere variano secondo che dessa sia senza eredi, o solamente giacente.

Una successione è senza eredi, essendo quasi certo che il defunto non abbia lasciato altro successore che lo Stato; è giacente, se dopo i termini accordati per far l' inventario e deliberare, non si conosca altro successore che lo Stato, quantunque probabilmente ne esistano (art. 811 (730)).

Essendo la successione senza eredi, siccome non può essere assoluta la certezza di non esistere successori preferibili allo Stato, la legge esige ancora alcune formalità, quali sono quelle indicate per gli altri successori irregolari, salvo che lo Stato di cui non si teme la insolvibilità, è dispensato dallo impiego o dalla cauzione pei valori dei mobili (art. 769, 770, 772 (T, 686, 688)).

Se al contrario l' eredità è giacente, lo Stato non può immettersi immediatamente in possesso, e bisogna applicare norme speciali.

Un curatore incaricato di amministrare la eredità deve nominarsi dal tribunale dell' apertura o sopra la domanda delle parti interessate, o del procuratore della Repubblica (art. 812 (731)).

Questo curatore segue le regole indicate più innanzi per lo erede beneficiario (articolo 814 (733)) con le seguenti quattro differenze: 1° egli è tenuto di far vendere i mobili, non potendoli mai conservare in natura; 2° egli non tiene il danaro, dovendolo rimettere nella cassa dei depositi; 3° le formalità per la vendita dei mobili o degli immobili sono richieste per lui a pena di nullità della vendita; 4° in fine risponde nella sua amministrazione non solo delle gravi ma di qualunque specie di colpa (articolo 813 (732)).

Del rimanente, ciò che abbiamo detto, non si applica solo per le successioni veramente giacenti, ma anche per quelle che son credute tali. — Or la legge stima giacente, sebbene non lo sia secondo i principî, quella eredità alla quale han rinunziato i successibili chiamati in primo ordine senza che i successivi abbiano accettato in vece loro. Sicchè, sebbene il successore più lontano divenga proprietario dei beni per la rinunzia del più prossimo, pure essendo a bastanza probabile una rinunzia posteriore del novello successore, e d' altra parte essendo molto incomodo per coloro che han dritto contro la eredità, di perseguire l' un dopo l' altro tutti i successori sino alla rinunzia dell' ultimo, la legge permette *di trattarsi* questa eredità (provvisoriamente e nella speranza di una rinunzia) come se fosse sin da ora giacente. Vedremo più innanti che il successibile non rinunziando entro i trenta anni che presumevasi dover rinunziare, resta diffinitivamente erede.

XX. — Innanzi di passare al capitolo seguente, crediamo dover qui presentare in tre distinti quadri, la serie dei successori regolari o irregolari che può avere un defunto secondo che è; 1° figlio legittimo; 2° naturale semplice; 3° figlio adulterino o incestuoso.

PRIMO QUADRO. — DEFUNTO FIGLIO LEGITTIMO

(Eredi soli, o in concorrenza con successori irregolari)

— 1° Figli e discendenti legittimi, con o senza rappresentazione, e che quindi si dividono or per istirpi ed ora per capi. — Concorrenza possibile con figli naturali (o loro discendenti legittimi venienti per rappresentazione) , i quali prendono il terzo di quello che avrebbero se fossero essi legittimi.

— 2° Fratelli e sorelle, nipoti e pronipoti, ec., con o senza rappresentazione : metà pei consanguinei , metà per gli uterini , e perciò doppio dritto pei germani. — Concorso possibile col padre e la madre o con tutti e due, o con un solo di essi. — Concorso possibile ancora, o pei primi soltanto, o pei primi e secondi in

pari tempo, con figli naturali (o loro discendenti legittimi venienti per rappresentazione) i quali prendono metà di quello che avrebbero se fossero legittimi, metà cioè di tutta la eredità. Inoltre, i fratelli e sorelle o loro discendenti e i genitori possono essere preceduti da qualsiasi ascendente pei beni da lui donati (ma non i figli naturali, che malgrado la presenza dell' ascendente donante prenderebbero la loro metà tanto sui beni donati che sugli altri).

In mancanza di questi due primi ordini, partizione del patrimonio in due distinte successioni, l'una per gli eredi paterni, pei materni l'altra, e a *ciascuna* delle quali *singolarmente* sono chiamati i parenti dei due ordini successivi, di modo che l'una delle successioni può passare al quarto ordine, e l'altra al terzo.

— 3. Ascendenti più prossimi, paterni solamente (o materni solamente), non trattandosi che d'una metà dell'eredità, siccome si è osservato, senza rappresentazione. — Concorso possibile coi figli naturali (o i loro discendenti legittimi per rappresentazione) i quali prendono, come sopra, la metà della eredità. — Questi ascendenti sarebbero preceduti da un ascendente anche più lontano, e dell'altra linea pei beni da lui donati; ma non i figli naturali.

— 4. Collaterali semplici, materni solamente (o paterni solamente) senza rappresentazione e solo sino al duodecimo grado. — Concorrenza possibile coi figli naturali (o loro discendenti legittimi per rappresentazione) che prendono i tre quarti dell'eredità. — Questi collaterali, non già i figli naturali, concorrendo con essi, saranno preceduti da un ascendente dell'altra linea pei beni da lui donati.

Quando l'una della eredità passa al padre (o alla madre) e l'altra ai collaterali materni (o paterni), l'ascendente, oltre la sua eredità raccoglie l'usufrutto del terzo dell'altra. — Mancando in una delle due linee ascendenti o collaterali sino al duodecimo grado, il patrimonio diviene unica successione che si devolve agli ascendenti, e in lor mancanza, ai collaterali dell' altra linea.

(Successori irregolari soli)

— 5° Figli naturali o loro discendenti legittimi per rappresentazione.

— 6° Il coniuge.

— 7° Lo Stato.

SECONDO QUADRO. — DEFUNTO NATURALE SEMPLICE

(Eredi soli, o in concorrenza con successori irregolari)

— 1° Figli e discendenti legittimi, soli o in concorrenza con figli naturali o loro rappresentanti, come al 1° del quadro 1°.

(Successori irregolari soli)

— 2° Figli naturali o loro discendenti legittimi per rappresentazione, come al 5° del quadro 1°.

— 3° Padre e madre naturali, o uno di essi solamente, se un solo ne esista o si trovi legalmente noto. Se un d' essi è donante, riprende, ad esclusione dell'altro, i beni donati.

— 4° Fratelli e sorelle naturali, naturali essi stessi, e loro discendenti legittimi con o senza rappresentazione; ma i fratelli e sorelle naturali, figli legittimi (o loro discendenti legittimi per rappresentazione) tolgono loro i beni provenuti dal comune autore.

— 5° Il coniuge superstite; ma i beni provenuti al defunto da uno di questi autori saranno tolti al coniuge dai fratelli e

sorelle naturali, figli legittimi (o loro discendenti legittimi per rappresentazione).

—6° Lo Stato, salvo sempre, se occorre, la restituzione pei beni provenuti da uno degli autori.

TERZO QUADRO. — DEFUNTO ADULTERINO O INCESTUOSO

(Eredi soli, o in concorrenza con successori irregolari)

—1° Figli e discendenti legittimi, ecc., come al 1° dei quadri 1° e 2°.

(Successori irregolari soli)

—2° Figli naturali, o loro discendenti legittimi per rappresentazione, come al 5° del quadro 1° e al 2° del quadro 2°.

—3° Il coniuge.

—4° Lo Stato.

CAPITOLO TERZO

DELLE CONDIZIONI RICHIESTE PER SUCCEDERE

XXI. — Per succedere bisogna esser capace di raccogliere la successione e non esserne indegno: la incapacità impedisce che sorga il dritto; la indegnità che si conservi.

§ 1. — *Della capacità.*

XXII. — Per essere capace di raccogliere una successione, è solo necessario esistere naturalmente e civilmente al momento della apertura.

Bisogna innanzi tutto esistere naturalmente, cioè essere per lo meno concepito al tempo della morte di colui *de cujus successione agitur*; ma il concepimento basta a condizione che il fanciullo nascerà vivo e vitale (art. 725, 1 e 2 (646)).

Ogni attore deve provare il suo dritto alla cosa domandata; spetta dunque al figlio o al suo avente causa la prova di essere concepito alla morte del *de cujus*, e di essere poi nato vivo. Quanto alla vitalità, essendo la regola generale dei fanciulli che nascono vivi, essa si presumerà in vantaggio del fanciullo mercè la prova della sua vita, spettando agli avversari provare la eccezione di non vitalità.

XXIII. — A provare il suo concepimento antecedente alla morte del *de cujus*, basterà al fanciullo, alle volte ma non sempre, allegare la presunzione di lunga gravidanza messa innanzi dalla legge nel titolo della filiazione (ved. Sunto di questo titolo, n. XI).

Difatti, volendo la legge che una gravidanza di 300 giorni sia ammessa di pieno dritto, e senza la possibilità di prova contraria, quando il fanciullo ne ha bisogno per essere legittimo, ne segue che quante volte la legittimità del fanciullo chiederà questa legale supposizione, qualunque successione aperta dentro ai 300 giorni lo sarà dopo il suo concepimento legalmente certo (art. 725 (646)).

Ma allorchè la quistione di successibilità non si rattacchi a quella della legittimità del fanciullo, in altri termini, quando sarebbe questi egualmente legittimo con un concepimento posteriore alla morte del *de cujus*, il fanciullo, non essendo più assolutamente protetto da questa legale presunzione, dovrà indicare ai giudici tali circostanze di fatto, che diano se non la certezza, la probabilità almeno di un concepimento anteriore alla morte, e gli avver-

sarî dal loro canto possono proporre tutti i mezzi, onde far decidere il contrario *(ibid.)*.

E non pertanto in questo stesso caso non è senza qualche utilità pel fanciullo la presunzione di lunga gravidanza. Nel dubbio e sembrando non più fondata la pretensione del fanciullo che quella del suo avversario, deve vincerla il primo; imperocchè se la lunga gravidanza della madre non porge allora la certezza legale che nel primo caso aveva, la è cosa naturalissima conservarle almeno un carattere di probabilità, che deve solo venir meno ove il contrario si giustifichi *(ibid.)*.

Del resto, dichiarando la legge nel caso più favorevole al fanciullo, che la gravidanza non può mai durare più di 300 giorni (come viceversa dichiara di non poter durare meno di 179 giorni) ne conseguita, che allorchè il fanciullo sarà nato più di 300 giorni dopo la morte, si dichiarerà *necessariamente* non concepito al tempo *della morte*, del pari che si dichiarerebbe necessariamente concepito se fosse nato prima del 180° giorno dalla morte *(ibid.)*.

XXIV. — All'avente causa del figlio tocca provare che questi sia nato vivo; e qui non può esser difeso da alcuna presunzione o probabilità. Per fornire tal prova egli dovrà esibire l'atto di nascita se esso indica che il fanciullo sia stato presentato vivo allo uffiziale dello stato civile; la parte avversa allora non potrebbe provare il contrario che con la iscrizione in falso. Se il fanciullo non sia stato presentato vivo, la prova della sua vita potrà farsi con tutti gli altri mezzi, sufficienti alla prova contraria.

XXV. — Ma per succedere non basta la esistenza naturale, ci vuole anche la civile, e quindi il morto civilmente è incapace di raccogliere una successione (725-3° (646)).

Per conseguenza ancora, siccome gl'individui non appartenenti ad una nazione, alla società civile di un paese, non hanno in esso esistenza civile, ne segue, che uno straniero non ha capacità per esercitare un dritto civile in Francia, e specialmente quello di succedere, che in quanto gli è accordato da una espressa disposizione delle nostre leggi. Ora il Codice (art. 726 (647)) accordava agli stranieri il dritto di succedere, non che gli altri dritti civili, con la condizione di reciprocanza di nazione a nazione ammessa dai trattati. Ma oggidì questa regola è abrogata per quanto riguarda il dritto di raccogliere per successione (ed altresì per donazione o testamento) dalla legge del 14 luglio 1819. Nondimeno la reciprocanza esiste ancora di persona a persona per ogni particolare successione. Così, aprendosi una successione che comprenda beni in Francia e di fuori, e alla quale sono in pari tempo chiamati eredi stranieri e francesi, questi, essendo esclusi dalla legge straniera di tutti o parte dei beni stranieri, escludono a loro volta i loro coeredi stranieri da una porzione di beni francesi eguale in valore ai beni stranieri da cui sono rimossi (art. 726 (647)).

§ 2. — *Dell' indegnità.*

XXVI. — Il nostro Codice ha determinato e ridotto a tre le cause d'indegnità. Esse sono:

1° Lo attentato, giudiziariamente provato, alla vita del defunto (art. 727, n. 1 (648)).

Bisogna allora, solamente, che l'erede sia condannato come omicida. — E dapprima bisogna che sia *condannato*. Dunque se egli morisse durante il giudizio e innanzi di pronunziarsi la condanna, non incorrerebbe nella indegnità. Sarebbe lo stesso, se fosse riconosciuto che egli abbia ucciso il defunto per follia, forza maggiore, legittima difesa, o senza discernimento; dacchè in questi varî casi l'accusato sarebbe assolto. — Bisogna ancora, che sia condannato veramente *come omicida*. Se dunque egli fosse punito di pena correzionale per omicidio commesso per imprudenza, o per omicidio dichiarato scusabile, o anche se fosse condannato per percosse o

ferite volontarie da cui sarebbe seguita la morte oltre la sua intenzione, non incorrerebbe nella indegnità (art. 728 (649)).

Del rimanente, siccome la indegnità vien prodotta dalla condanna non già dalla esecuzione della pena, ne segue che nè la grazia o la commutazione della pena, come nè la prescrizione di essa potrebbero prevenire nè far disparire la qualità d' indegno. Occorre inoltre notare che la condanna per complicità di un omicidio produce i medesimi effetti di una condanna per esserne autore principale (articolo 278 (T)).

2. L' accusa capitale diretta contra il defunto e giudiziariamente provata calunniosa (art. 727-2 (648)).

Deve qui intendersi per accusa capitale la denunzia (perchè l'accusa propriamente detta appartiene al ministero pubblico) che tenda a far perdere alla persona la vita naturale o civile, CAPUT NATURALE VEL CIVILE, cioè che possa far pronunziare contro di lui la morte, i lavori a vita, o la deportazione. Ma non basta che la denunzia siesi fatta e riconosciuta poi mal fondata per la liberazione dell'accusato; gli è mestieri che questi abbia perseguito e fatto condannare l'erede come calunniante.

3. La mancanza di denunzia dell' omicidio del defunto per parte di uno erede maggiore quando esso gli è noto (articolo 727-3 (648)).

Tuttavolta non occorre che egli sia stato maggiore e sciente dell' omicidio al tempo dell' apertura della successione, bastando che la maggiore età, e la scienza si abbiano in un tempo che si può ancora perseguire il reato. L' erede del resto non è obbligato, denunziando l'omicidio, di nominare l' autore del reato quand' anche lo conoscesse. — La legge non dà termine fatale in cui debba esser fatta la denunzia: spetta ai tribunali in ciascun speciale affare decidere secondo le circostanze, se il silenzio dello erede indichi la colpevole indifferenza che la legge vuol punire (articolo 728 (649)).

Ma l'erede è dispensato di denunziare l'omicidio quand'egli sa, o deve credere, che ne sia autore o complice il suo ascendente o il suo discendente, il fratello o la sorella, lo zio o la zia, il nipote o la nipote, o il suo affine nella linea o nei gradi corrispondenti, o in fine il suo conjuge.

XXVII. — L' indegnita non s' incorre mai di pieno dritto; nè può essere impressa all' erede che da una formale sentenza, la quale, trattandosi di pena, può esser pronunziata lui vivente, e presente, e debitamente chiamato (art. 728 (649)).

L' azione d' indegnità può essere sperimentata soltanto dopo l' apertura della successione alla quale l' indegno è *chiamato*. Possono intentarla o gli eredi o successori irregolari chiamati a concorrere coll' indegno o a raccogliere in sua mancanza, o i legatari o donatari le di cui liberalità sarebbero annullate o ridotte dal dritto che ha l'erede alla legittima. Del resto, questa azione accordata dalla legge per un motivo puramente morale è esclusivamente attaccata alle persone da noi indicate, nè potrebbe, ove elle si ricusino, *esercitarsi* dai loro creditori *(ibid.)*.

Se di più successibili interessati a rimuovere l' indegno, agisca un solo, e gli altri formalmente dichiarino rinunziare alla loro azione o soltanto tacciano, l' attore nella indegnità non potrebbe agire e far pronunziare la esclusione che per la parte a lui devoluta; gli altri poi resteranno liberi, se hanno taciuto, di agire ciascuno per la sua parte dentro il termine della prescrizione (ma sarebbe estinta la loro azione se vi avessero formalmente rinunziato). Perchè fosse altrimenti, perchè l' attore unico della indegnità potesse farsi attribuire le porzioni dei suoi consucconcessibili, bisognerebbe che questi avessero dichiarato di non agire rinunziando alla successione che riguardano come a loro devoluta per effetto della indegnità: la quale rinunzia farebbe dell' attore nell' indegnità l' unico erede chiamato alla totalità dei beni.

XXVIII. — La indegnità, quantunque penale nei suoi effetti, è non di meno un punto di dritto civile, una quistione di successione fra semplici privati di cui l' uno pretende esser l' altro inabile a raccogliere la eredità; d' altra parte la discussione pre-

senta una materia affatto personale versando sopra un fatto rimproverato al convenuto. Di conseguenza, l' azione dee portarsi al tribunale civile del domicilio del preteso indegno (art. 728 (649)).

Questa azione prescriverebbesi col decorso di trent'anni dalla apertura della successione; e potrebbe sempre essere sperimentata non ostante, che il defunto innanzi di morire avesse rimesso la incorsa indegnità, o divietato agli eredi d' intentarla. Le regole legali intorno alla indegnità sono una parte integrante del sistema delle successioni *ab intestato* che dal defunto non si son potute modificare.

Egli non altro poteva fare che sostituire alla legittima successione la trasmissione per testamento, chiamando come legatario quello che la legge esclude come erede (*ibid.*).

XXIX. — Pronunziata l'indegnità, i suoi effetti risalgono al giorno della apertura della successione per modo, che l'indegno *è obbligato* restituire non che tutti i beni procuratigli dalla successione, ma anche tutti i frutti, rendite o interessi, che da quel giorno abbia raccolto o trascurato di raccogliere. Se dopo l' apertura fosse corso qualche tempo innanzi che fosse nata la causa della indegnità, o che l' erede, per modo di esempio, avesse conosciuto l' omicidio per la di cui non eseguita denunzia è stato dichiarato indegno, egli sarebbe tenuto ai frutti dal giorno in cui questa causa ha esistito (art. 729 (653)).

Il dritto di proprietà è risoluto retroattivamente solo rispetto all' erede indegno; è *mantenuto* però riguardo ai terzi di buona *fede*, e le alienazioni concessioni d'ipoteche, o altri dritti reali, resteranno validi senza distinguere se sieno a titolo oneroso, o gratuito. Ma essendo le alienazioni mantenute rispetto ai terzi, nè dovendo l'erede trarre alcun vantaggio dalla successione, egli sarebbe obbligato restituire il prezzo dei beni venduti, o i beni da lui permutati, ed anche il valore dei beni donati, trattandosi di donazioni che avrebbe egualmente fatto sui suoi proprî beni (art. 729 (652)).

Dacchè il titolo dell'erede e il suo dritto di proprietà sono quanto a lui risoluti e come non avvenuti, ne conseguita, che le obbligazioni a cui era tenuto verso il defunto, risorgano contro di lui in vantaggio della successione; come altresì i suoi crediti contro il defunto rinascano per lui contro di quella (*ibid.*).

Infine osserviamo, che se i beni da cui lo indegno era escluso, fossero raccolti dai suoi figli minori, egli non potrebbe pretendere il suo dritto di usufrutto legale (art. 730 (653). Ma nulla vieta che lo indegno raccogliesse di poi nella successione, o dei suoi figli, o di altri parenti, i beni provenuti da quello rispetto a cui egli era incorso nella indegnità (*ibid.*).

XXX. — Del rimanente, la finzione di rappresentazione di cui sopra parlammo, non potrebbe divenire un mezzo per lo indegno onde schivare la indegnità. Imperocchè bisognerebbe, per applicarsi gli effetti di tal finzione, che egli fosse capace di invocarla, e non lo è. Difatti domandare la rappresentazione in una successione, vale esercitare un dritto rispetto ad essa; ma allo indegno è negato qualunque dritto di successione. Non si può succedere nè per rappresentazione, nè di proprio dritto a colui rispetto al quale egli incorreva nella indegnità (art. 730 (653 M)).

CAPITOLO QUARTO

DELLA ACCETTAZIONE E DELLA RINUNZIA DELLE EREDITÀ

SEZIONE PRIMA

DELLA ACCETTAZIONE

XXXI.—L'accettazione nel nostro dritto, come la adizione presso i Romani, non ha per effetto di *dare* al successibile la qualità di erede e proprietario dei beni; ma rende soltanto irrevocabile tal qualità, già preesistente di pieno dritto nel successibile per il solo fatto della morte del suo autore (art. 724, 777 (645, 694)).

Questa accettazione, facoltativa sempre per lo erede, il quale, invece di accettare, potrebbe spogliarsi del suo titolo colla rinunzia; questa accettazione diciamo. può farsi puramente e semplicemente, o col beneficio di inventario.

Questa condizione del beneficio di inventario è la sola cui possa andar soggetta la accettazione (art. 774 (691)). Per modo di esempio, non si potrebbe accettare con la condizione di essere erede per una parte della eredità, o solo per un tempo determinato; poichè non si può essere erede in parte nè quanto ai beni nè quanto al tempo: *Nemo pro parte haeres; semel haeres, semper haeres.* Così, essendovi più coeredi, la circostanza che la successione possa venir divisa, non toglie che la accettazione debba farsi per lo intero; il solo concorso di persone che abbiano uguali diritti produce allora una divisione di fatto la quale non toglie che ciascuno sia chiamato implicitamente alla intera successione, e possa quindi accettare per la intera successione (art. 785 (702)). Da ciò segue, che se accettando uno degli eredi, gli altri rinunziino o facciano annullare la accettazione precedentemente da loro fatta, il primo resta erede per la totalità (articolo 783 (700)).

XXXII.—Diverse cause permettono allo erede di farsi restituire contro la sua accettazione o pura e semplice, o beneficiata.

Il maggiore lo può in due casi, cioè 1° provando che la sua accettazione sia stata conseguenza del dolo praticato contro di lui, senza badare da chi sia stato praticato e se desso sia stato semplice o con violenza; 2° provando che uno o più legati che gli tolgano più della metà della successione, sieno stati da lui conosciuti dopo la accettazione (art. 783 (700)).

Il minore è nella condizione medesima del maggiore quando la sua accettazione è stata fatta colle forme richieste, cioè col beneficio d'inventario, dal tutore, o coll'assistenza del curatore, e previa l'autorizzazione del consiglio di *famiglia*. Ma se l'accettazione del minore od anche quella dell'interdetto o della donna maritata si fosse fatta irregolarmente, sarebbe perciò solo annullabile in vantaggio dell'erede incapace (art. 783 776 (700 693)).

Il termine per domandare la restituzione è di trent'anni, che decorrono da quando, o cessa la violenza o si scopre il dolo, o è noto il testamento che toglie più della metà dei beni, o in fine, per gli eredi incapaci, dal giorno che cessa la loro incapacità. Ma gli è ben chiaro che verrebbe meno il dritto di farsi restituire, se dopo la causa che lo abbia prodotto, l'erede accettasse di nuovo (art. 783 (700)).

È inutile dire, essendo una semplice applicazione dei principî generali, che i creditori di uno erede potrebbero di lor parte fare annullare l'accettazione di una cattiva eredità fatta da quello, provando che siavi stata frode dei loro dritti (art. 788 (705)).

Dichiarata nulla una accettazione o sopra la domanda degli eredi, ovvero dei suoi creditori, essa si reputa come non avvenuta, e cadono insieme con essa tutti gli atti che ne sono stati la conseguenza

(art. 783 (700)). Del resto essendosi l'erede fatto restituire contro una accettazione pura e semplice gli è manifesto ch' egli conserva il dritto di fare una nuova accettazione col beneficio d' inventario.

Esaminiamo ora distintamente le regole che riguardano l'accettazione pura e semplice, o la beneficiata.

§ 1.—*Accettazione pura e semplice.*

XXXIII.—L' accettazione pura e semplice è quella che si fa assolutamente e senza condizione, ed impone a chi accetta, essendo erede legittimo, l' obbligo di pagare, anche oltre il valore dei beni, tutti i carichi della eredità.

Non è così pel successore irregolare, il quale non rappresentando la persona, nè essendo tenuto che in quanto succede ai beni, non è più obbligato, esauriti i beni da lui raccolti (art. 793 (710)).

XXXIV.—L' accettazione pura e semplice può essere espressa o tacita (art. 778 (695)).

Intendesi per accettazione espressa la manifestazione certa, fatta in una scrittura, dello intendimento di condursi da padrone della eredità. Quindi non potrebbe costituirla una dichiarazione esplicita per quanto si possa supporre, ma puramente verbale; viceversa, non basterebbe la qualifica di erede datasi da un successibile in una scrittura, se non fosse accompagnata da circostanze che indichino esservi posta nel senso di padrone dell' eredità.

L' accettazione tacita risulta da tutti i fatti che provino il pensiero nell' erede di tenersi come padrone della eredità, i quali fatti sono chiamati di ordinario *atti di erede* (*ibid.* art. 779).*

Ciò posto, gli è chiaro esservi accettazione tacita, atto di erede, nella vendita dei dritti successori fatta da un successibile, ed altresì nella donazione che egli ne farebbe, perchè donare una cosa, vale disporne da padrone (art. 780 (697)).

E quand' anche l' abbandono gratuito dei suoi dritti fosse dall' erede qualificato di rinunzia, è evidente che se tal pretesa rinunzia, in vece di essere assoluta e senza condizione, si facesse solamente in vantaggio di una, o di alcune delle persone chiamate dalla legge, sarebbe pure una donazione, che induce accettazione dell'eredità (*ibid.*).

Se in fine la pretesa rinunzia si fosse fatta senza indicar chi debba raccoglierne il beneficio, per modo che torni a vantaggio di tutti quelli chiamati dalla legge, e si faccia per danaro, o con qualunque altra condizione onerosa, sarebbe pure un atto di disposizione che induce accettazione, ma non una vera rinunzia (*ibid.*).

La legge vede ancora una tacita accettazione che imprime la qualità di erede puro e semplice; 1° nella occultazione o

* La Corte suprema di Napoli ha stabilito i seguenti principî:

L' accettazione di un' eredità può risultare anche da un atto di fitto, che, secondo le circostanze, può considerarsi come atto di proprietario, o come semplice atto amministrativo. 2 giugno 1829.

L' eredità si presume accettata se, fatto l' inventario e scorsi i termini per deliberare, l' erede non abbia formalmente rinunziato. 28 novembre 1829.

La sola mutazione di quota senza domanda dell'erede, non chè la continuazione nel possesso di un fondo donato, ancorchè la donazione sia nulla, non inducono accettazione di eredità. 12 marzo. 1839.

I fatti pe' quali il giudice del merito si convince di essersi tacitamente adita un'eredità, sono abbandonati alla di lui religione, e sfuggono alla censura della Corte suprema di giustizia. 8 gennaro 1844.

La circostanza di essersi l' erede immesso nel possesso di fondi ereditarî, di aver percepito i frutti, venduti e recisi alberi di alto fusto, dati a colonia i fondi, ripartiti i mobili con gli altri coeredi, può esser tenuto per tacita accettazione. 27 gennaro 1844.

L' accettazione e la rinunzia dell' eredità sono l' opera dell' uomo, ed ambedue possono essere espresse o tacite.—La mancanza di espressa rinunzia non induce tacita accettazione della eredità: *ex nihilo nihil.* 27 settembre 1849.

L' erede del soscrittore d' una cambiale è obbligato a pagarla. La qualità di erede si può ben ritenere da un atto di procura menzionata in un lodo; come da un atto per lo quale si esercita una azione, che non potrebbe esercitarsi *citra jus et nomen haeredis.* 19 gennaro 1850.

sottrazione di oggetti che facciano parte, o che l' erede si credeva far parte dell'eredità; la quale sottrazione esiste specialmente, quando lo erede beneficiato trascuri scientemente un oggetto nello inventario (art. 801 (718)); la occultazione o la sottrazione commessa da uno di molti eredi gli fa perdere la sua parte nella cosa (articolo 792 (709)); — 2° quando il successibile lasci passare in cosa giudicata una sentenza che lo condanni con la qualità di erede puro e semplice (art. 800 (717)). Vedremo più innanzi in quali casi può essere pronunziata la sentenza.

N. B. — Il minore (o l' interdetto) che non può mai accettare che col beneficio, non potrebbe divenire erede puro e semplice per alcuna delle cause già indicate, e soltanto potrebbe esser condannato, se fosse *doli capax*, ai danni ed interessi, e alla privazione della sua parte nella cosa occultata o sottratta.

§ 2. — *Accettazione beneficiata.*

XXXV. — Le dichiarazioni di accettazione col beneficio si fanno alla cancelleria del tribunale civile, nel di cui distretto si è aperta la successione, sopra un registro tenuto a ciò. Esse hanno effetto, quando sono precedute o seguite da un inventario regolare, fedele ed esatto dei beni dell' eredità (art. 793 794 (710 711)).

La dichiarazione e l' inventario possono farsi in qualunque tempo, anche dopo i trent' anni dalla morte, spirati i quali l' erede investito perde, come vedremo più innanzi, la facoltà di rinunziare. Ora la condizione dello erede non è assolutamente la stessa secondo che compie più o men presto queste formalità.

Difatti qualunque erede dal giorno in cui è realmente investito (cioè ora dal giorno della stessa apertura, ora da quello della rinunzia dello erede che lo precedeva) ha di pieno dritto un termine di tre mesi, per fare inventario, oltre quaranta giorni per deliberare sul partito da prendere (i quali correranno dalla fine dei tre mesi o dalla chiusura dell' inventario se è finito prima) art. 795 (712). Durante questo termine i creditori non potranno costringerlo a prendere la qualità; e le spese da lui fatte per difendersi contro di loro sono a carico della successione (art. 797 (714)).

Spirato questo termine, il tribunale può, quando anche si potesse rimproverare di negligenza l' erede, accordargli un nuovo termine; nel corso del quale egli non può essere nemmeno costretto a dichiararsi! Se non che la sua condizione non è assolutamente la stessa; perocchè le spese da lui fatte per le azioni contro lui dirette sono a suo carico, non provando essergli stato impossibile dichiararsi (articolo 798, 799 (715, 716)).

Spirati i termini dati dalla legge e dal giudice, o quello solamente della legge, se la giustizia non ne abbia accordato, l'erede che non ha ancora finito l'inventario, può essere dichiarato da una sentenza erede puro e semplice. Ma finchè non si profferisce tal sentenza, ed anche finchè l'erede non ha lasciato che passasse in cosa giudicata, egli può ancora rinunziare, o finito l'inventario condursi da erede beneficiato; purchè non sia già divenuto puro e semplice erede per una delle altre cause indicate nel precedente numero (art. 800 (717)). Pronunziata la sentenza, che l' erede ha fatto passare in cosa giudicata, innanzi di aver fatto la rinunzia o l' accettazione col beneficio fornita dell' inventario, il successibile è diffinitivamente puro e semplice erede rispetto a tutti. — Passata immediatamente in cosa giudicata, una sentenza cioè profferita in ultima istanza, il successibile ne soffrirebbe soltanto le conseguenze rispetto a colui che l' avrebbe fatto pronunziare.

XXXVI. — L'accettazione col beneficio, la sola permessa pe' minori ed interdetti, può essere forzata per gli eredi maggiori e capaci, cioè quando una persona a cui era devoluta una successione sia morta senza averla accettata, nè rinunziata; se gli

eredi di lei che hanno com'essa la facoltà di accettarla o rinunziarla non convengono sul partito da prendere, essi sono allora costretti di accettarla col beneficio (articolo 781 (698)).

XXXVII.—Effetto del beneficio d'inventario è che s'impedisca la confusione dei patrimoni del defunto e dell'erede, la quale si opererebbe coll'accettazione pura e semplice (articolo 802 (719)).

Di che segue, che i creditori del defunto continuano ad aver per pegno i beni di lui, nè possono farsi pagare, che sopra di essi, come i legatari; che l'erede conserva tutti i dritti reali o personali che possono esistere in sua favore contro l'eredità, come altresì continuano a sussistere contro di lui i dritti che per avventura può avere la successione.

Del resto le conseguenze del beneficio d' inventario saranno spiegate nel cap. V che tratta degli effetti della accettazione (n. LXIX a LXXI).

SEZIONE II.

DELLA RINUNZIA ALLA EREDITÀ

XXXVIII.—La rinunzia che oggidì non può più farsi innanzi l'apertura della successione (art. 791 (708)), deve esser fatta alla cancelleria, come le dichiarazioni di accettazione col beneficio, e si iscrive nello stesso registro di quelle (articolo 784 (701)). Può farsi dentro ai 30 anni dall'apertura della successione; spirato il qual termine, l'erede investito per la morte del defunto resterebbe irrevocabilmente erede, salvo ad invocare il beneficio dell' inventario (art. 789 (706)).

Il successibile per effetto della rinunzia si reputa non essere stato giammai erede, e coloro che dovevano concorrere con lui o succedere in sua mancanza, si reputano esserlo stati soli dall'apertura della successione (art. 785, 786 (702, 703)). Intanto, finchè questi non hanno accettato, il rinunziante dentro ai trenta anni dalla apertura può ancora accettare contro la sua rinunzia, senza pregiudizio, per altro, dei dritti acquistati da terze persone o per prescrizione, o per atti fatti col curatore destinato (art. 790 (707)).

Nondimeno ciò che si è detto potrebbe essere modificato dal principio in altro luogo annunziato dal Codice, che la prescrizione non corre contro i minori e gl' interdetti (art. 2252 (2158)). Così un interdetto o un minore potrà spogliarsi dell'eredità colla rinunzia anche dopo i trenta anni dalla apertura; come altresì, avendo prima rinunziato, può ancora accettare pur dopo i trenta anni, nel qual caso egli non sarebbe tenuto a rispettare i dritti acquistati con le prescrizioni corse durante la sua minore età, o la sua interdizione.

XXXIX.—Un erede maggiore non potrebbe fare annullare la rinunzia che in due casi: 1° per violenza; 2° per dolo praticato verso di lui, da coloro che han tratto profitto dalla rinunzia. È lo stesso del minore la cui rinunzia si è fatta regolarmente.

I creditori di colui che fa rinunzia di una successione vantaggiosa, possono farla annullare, provando che essa torni loro pregiudizievole, tranne che il rinunziante non provi di avere agito di buona fede, cioè ignorando il pregiudizio che la rinunzia avrebbe prodotto ai suoi creditori (art. 788 (703)).

Quando i creditori sono autorizzati ad accettare in vece del loro debitore rinunziante, la rinunzia è annullata in vantaggio non dello erede ma di loro, e fino alla concorrenza dei loro dritti (*ibid.*). Per conseguenza, pagati i crediti, l'eccesso delle entrate resta agli eredi già investiti per la rinunzia. Del rimanente, gli eredi non potrebbero domandare contro il rinunziante lo ammontare di ciò che loro è stato tolto dall'azione dei creditori, perchè, essendo nulla e come non avvenuta la rinunzia, dentro ai limiti dei dritti dei creditori, ne

sottrazione di oggetti che facciano parte, o che l' erede si credeva far parte dell'eredità; la quale sottrazione esiste specialmente, quando lo erede beneficiato trascuri scientemente un oggetto nello inventario (art. 801 (718)); la occultazione o la sottrazione commessa da uno di molti eredi gli fa perdere la sua parte nella cosa (articolo 792 (709)); — 2° quando il successibile lasci passare in cosa giudicata una sentenza che lo condanni con la qualità di erede puro e semplice (art. 800 (717)). Vedremo più innanzi in quali casi può essere pronunziata la sentenza.

N. B. — Il minore (o l' interdetto) che non può mai accettare che col beneficio, non potrebbe divenire erede puro e semplice per alcuna delle cause già indicate, e soltanto potrebbe esser condannato, se fosse *doli capax*, ai danni ed interessi, e alla privazione della sua parte nella cosa occultata o sottratta.

§ 2. — *Accettazione beneficiata.*

XXXV. — Le dichiarazioni di accettazione col beneficio si fanno alla cancelleria del tribunale civile, nel di cui distretto si è aperta la successione, sopra un registro tenuto a ciò. Esse hanno effetto, quando sono precedute o seguite da un inventario regolare, fedele ed esatto dei beni dell' eredità (art. 793 794 (710 711)).

La dichiarazione e l' inventario possono farsi in qualunque tempo, anche dopo i trent' anni dalla morte, spirati i quali l' erede investito perde, come vedremo più innanzi, la facoltà di rinunziare. Ora la condizione dello erede non è assolutamente la stessa secondo che compie più o men presto queste formalità.

Difatti qualunque erede dal giorno in cui è realmente investito (cioè ora dal giorno della stessa apertura, ora da quello della rinunzia dello erede che lo precedeva) ha di pieno dritto un termine di tre mesi, per fare inventario, oltre quaranta giorni per deliberare sul partito da prendere (i quali correranno dalla fine dei tre mesi o dalla chiusura dell' inventario se è finito prima) art. 795 (712). Durante questo termine i creditori non potranno costringerlo a prendere la qualità; e le spese da lui fatte per difendersi contro di loro sono a carico della successione (art. 797 (714)).

Spirato questo termine, il tribunale può, quando anche si potesse rimproverare di negligenza l' erede, accordargli un nuovo termine; nel corso del quale egli non può essere nemmeno costretto a dichiararsi! Se non che la sua condizione non è assolutamente la stessa; perocchè le spese da lui fatte per le azioni contro lui dirette sono a suo carico, non provando essergli stato impossibile dichiararsi (articolo 798, 799 (715, 716)).

Spirati i termini dati dalla legge e dal giudice, o quello solamente della legge, se la giustizia non ne abbia accordato, l'erede che non ha ancora finito l' inventario, può essere dichiarato da una sentenza erede puro e semplice. Ma finchè non si profferisce tal sentenza, ed anche finchè l'erede non ha lasciato che passasse in cosa giudicata, egli può ancora rinunziare, o finito l'inventario condursi da erede beneficiato; purchè non sia già divenuto puro e semplice erede per una delle altre cause indicate nel precedente numero (art. 800 (717)). Pronunziata la sentenza, che l' erede ha fatto passare in cosa giudicata, innanzi di aver fatto la rinunzia o l' accettazione col beneficio fornita dell' inventario, il successibile è diffinitivamente puro e semplice erede rispetto a tutti. — Passata immediatamente in cosa giudicata, una sentenza cioè profferita in ultima istanza, il successibile ne soffrirebbe soltanto le conseguenze rispetto a colui che l' avrebbe fatto pronunziare.

XXXVI. — L'accettazione col beneficio, la sola permessa pe' minori ed interdetti, può essere forzata per gli eredi maggiori e capaci, cioè quando una persona a cui era devoluta una successione sia morta senza averla accettata, nè rinunziata; se gli

eredi di lei che hanno com'essa la facolta di accettarla o rinunziarla non convengono sul partito da prendere, essi sono allora costretti di accettarla col beneficio (articolo 781 (698)).

XXXVII.—Effetto del beneficio d'inventario è che s'impedisca la confusione dei patrimoni del defunto e dell'erede, la quale si opererebbe coll'accettazione pura e semplice (articolo 802 (719)).

Di che segue, che i creditori del defunto continuano ad aver per pegno i beni di lui, nè possono farsi pagare, che sopra di essi, come i legatari; che l'erede conserva tutti i dritti reali o personali che possono esistere in sua favore contro l'eredità, come altresì continuano a sussistere contro di lui i dritti che per avventura può avere la successione.

Del resto le conseguenze del beneficio d' inventario saranno spiegate nel cap. V che tratta degli effetti della accettazione (n. LXIX a LXXI).

SEZIONE II.

DELLA RINUNZIA ALLA EREDITA

XXXVIII.—La rinunzia che oggidì non può più farsi innanzi l'apertura della successione (art. 791 (708)), deve esser fatta alla cancelleria, come le dichiarazioni di accettazione col beneficio, e si iscrive nello stesso registro di quelle (articolo 784 (701)). Può farsi dentro ai 30 anni dall'apertura della successione; spirato il qual termine, l'erede investito per la morte del defunto resterebbe irrevocabilmente erede, salvo ad invocare il beneficio dell' inventario (art. 789 (706)).

Il successibile per effetto della rinunzia si reputa non essere stato giammai erede, e coloro che dovevano concorrere con lui o succedere in sua mancanza, si reputano esserlo stati soli dall'apertura della successione (art. 785, 786 (702, 703)). Intanto, finchè questi non hanno accettato, il rinunziante dentro ai trenta anni dalla apertura può ancora accettare contro la sua rinunzia, senza pregiudizio, per altro, dei dritti acquistati da terze persone o per prescrizione, o per atti fatti col curatore destinato (art. 790 (707)).

Nondimeno ciò che si è detto potrebbe essere modificato dal principio in altro luogo annunziato dal Codice, che la prescrizione non corre contro i minori e gl' interdetti (art. 2252 (2158)). Così un interdetto o un minore potrà spogliarsi dell'eredità colla rinunzia anche dopo i trenta anni dalla apertura; come altresì, avendo prima rinunziato, può ancora accettare pur dopo i trenta anni, nel qual caso egli non sarebbe tenuto a rispettare i dritti acquistati con le prescrizioni corse durante la sua minore età, o la sua interdizione.

XXXIX.—Un erede maggiore non potrebbe fare annullare la rinunzia che in due casi: 1° per violenza; 2° per dolo praticato verso di lui, da coloro che han tratto profitto dalla rinunzia. È lo stesso del minore la cui rinunzia si è fatta regolarmente.

I creditori di colui che fa rinunzia di una successione vantaggiosa, possono farla annullare, provando che essa torni loro pregiudizievole, tranne che il rinunziante non provi di avere agito di buona fede, cioè ignorando il pregiudizio che la rinunzia avrebbe prodotto ai suoi creditori (art. 788 (703)).

Quando i creditori sono autorizzati ad accettare in vece del loro debitore rinunziante, la rinunzia è annullata in vantaggio non dello erede ma di loro, e fino alla concorrenza dei loro dritti (*ibid.*). Per conseguenza, pagati i crediti, l'eccesso delle entrate resta agli eredi già investiti per la rinunzia. Del rimanente, gli eredi non potrebbero domandare contro il rinunziante lo ammontare di ciò che loro è stato tolto dall'azione dei creditori, perchè, essendo nulla e come non avvenuta la rinunzia, dentro ai limiti dei dritti dei creditori, ne

conseguita che i beni tolti dai creditori sono legalmente quelli del loro debitore, e non più quelli degli altri eredi.

L'erede che abbia sottratto o nascosto qualche effetto ereditario, perde il dritto di rinunziarvi, e resta puro e semplice erede (art. 792 (709)).

CAPITOLO QUINTO

DEGLI EFFETTI DELL'ACCETTAZIONE

XL.—L'effetto generale dell'accettazione che già si conosce, consiste a consolidare non a far nascere, nella persona del successore la proprietà dei beni ereditari, e l'obbligo di soddisfarne i pesi, ora fino alla concorrenza, ora anche al di là, de valore dei beni. Ma qui dobbiam vedere le regole speciali che determinano i rapporti dell'erede che accetta: 1° coi suoi coeredi; 2° coi creditori e legatari.

PRIMA PARTE

EFFETTI DELL'ACCETTAZIONE RISPETTO AI COEREDI

XLI. I vari eredi chiamati ad una medesima eredità, sono tutti, ciascuno per quota proporzionale al suo dritto ereditario, comproprietari della totalità dei beni ereditari.

Or qualunque comproprietario ha sempre il dritto di uscire dalla comunione, quand'anche gli fosse interdetto dal testamento che gli avrebbe attribuito i beni ed anche da una convenzione da lui sottoscritta. La legge, riguardando come generale utilità la divisione delle proprietà comuni, dichiara nulle tutte le convenzioni o disposizioni che tendono ad impedirla (art. 815, § 1 (734)).

La legge esclude da questo principio la comunione stabilita, per non più di cinque anni, da una formale convenzione dei comproprietari, la quale potrebbe certamente rinnovarsi in quel tempo che si vorrebbe, purchè la durata del nuovo periodo congiunta a quella che dovea correre non fosse più di cinque anni. D'altra parte la convenzione o primitiva o posteriore che creerebbe una comunione di oltre a cinque anni dalla sua data, non sarebbe nulla per lo intero, ma solamente dovrebbe ridursi a questo periodo (art. 815, § 2 (734)).

Da questo caso particolare in fuori, la comunione non può mai essere obbligatoria, e una domanda di divisione deve sempre essere ammessa, tranne che colui contro il quale è stata fatta, non provi una antecedente divisione, o non abbia prescritto l'intera proprietà dei beni che egli si ricusa a dividere (art. 816 (735)). La prova della divisione, in caso di lite, dovrebbe risultare da un atto, e la prescrizione, anche per una successione puramente mobiliare, si compirebbe con trenta anni di possesso cominciato e continuato a titolo di proprietario.

Così dunque il concorso di più coeredi in una successione dà luogo alla divisione di essa, e noi ne vedremo qui le regole. Ma innanzi di trattarne dobbiamo parlare delle collazioni, che contribuiscono a formare la massa da dividersi.

SEZIONE PRIMA

DELLE COLLAZIONI

XLII.—Chiamasi *collazione* la rimessa delle liberalità del defunto che gli eredi debbon fare alla massa da dividere; la quale rimessa mira a mantenere l'egua-

glianza fra i varî successori.

Noi successivamente diremo:

1° Da chi sia dovuta la collazione.

2° Per quali cose sia dovuta.

3° A chi dovuta.

4° In fine, come si effettua.

Gli è ben chiaro che la collazione è dovuta alla successione del donante, se non che bisogna osservare, che si può essere donante senza essere stato presente nell'atto di donazione. Così, quando un padre maritato con la comunione ha dotato la figlia dei beni comuni, è manifesto, che la madre accettando la comunione è donatrice per la parte sua propria in tal comunione, e per questa parte la collazione dee farsi alla successione di lei, e non a quella del padre.

§ 1. — *Da chi la collazione sia dovuta.*

XLIII. — La collazione, la quale mira a mantenere l'eguaglianza fra tutti coloro che si dividono una successione deve farsi da ogni coerede condividente, qual che egli fosse; dall'erede beneficiato, come dall'erede puro e semplice, ed anche da colui che non era ancora erede (presuntivo) al tempo della liberalità, come da qualunque altro (art. 843, 846 (762, 765)).

Ma dacchè la collazione tende a mantenere la eguaglianza nella divisione, non è dovuta dal successibile, che non vi concorre rinunziando alla successione. Il rinunziante può sempre conservare la liberalità, purchè non tocchi la legittima (art. 845 ((764); gli è chiaro che la legittima, essendo una parte della successione, non può esser tolta da quello che per la rinunzia rendesi estraneo ad essa (1).

La collazione, sempre perchè tende a mantenere l'eguaglianza fra gli eredi, facendo rimettere alla massa quello che essi abbiano ricevuto dal defunto, non può essere domandata che agli eredi donatarî o legatarî del defunto: e quindi io non devo conferire alla successione di uno i beni provenutimi da un altro, quand'anche quest'ultimo li avesse ricevuto da quello a cui oggi succedo. Così, quando mio avo ha donato a mio padre un fondo, che io ho raccolto nella successione di costui, ed io succedo poi di proprio dritto all'avo, io non lo conferirò, non essendo allora donatario dell'avo a cui succedo. Sarebbe altrimenti se succedessi all'avo rappresentando mio padre (art. 848 (767)).

Essendo la rappresentazione, come abbiam veduto al n. IX, una finzione che fa rivivere il rappresentato nel rappresentante, costui deve conferire soltanto tutto ciò, che il primo conferirebbe se vivesse. Dunque rappresentando mio padre conferirò il fondo che egli dal defunto ha ricevuto, quand'anche non l'avesse raccolto (o perchè egli vivendo l'avesse dissipato, o perchè io ho rinunziato alla sua successione); ma viceversa, non conferirò il fondo che io stesso ho ricevuto dal defunto. La è questa conseguenza del principio che il rappresentante deve avere esattamente nè più nè meno i dritti del rappresentato (*ibidem*).

§ 2. — *Per quali cose è dovuta la collazione.*

XLIV. — La collazione è dovuta per qualunque liberalità fatta dal defunto all'erede, tranne in due casi:

Primo. Quando non è dovuta la colla-

(1) Avvertiamo che la donazione fra vivi fatta ad un erede potrebbe esser composta di beni riserbati (e di conseguenza soggetti alla collazione, anche in caso di rinunzia), sebbene fatta nel punto che il donante avesse ancora tutta la sua quota disponibile. Cioè se fattasi la donazione senza dispensa della collazione, altre liberalità siano state posteriormente fatte, o ad altri eredi (ma con dispensa della collazione) o ad estranei. Sarebbe allora evidente, che ai donatarî o legatarî posteriori il defunto ha inteso assegnare i suoi beni disponibili, e che la donazione fatta precedentemente all'erede lo era a titolo di *anticipazione* di eredità; non può dunque l'erede ritenere la sua donazione rinunziando alla eredità, che rendendosi estraneo.

zione, ossia quando il defunto ne ha dispensato l'erede.—La dispensa è espressa o tacita.

La dispensa espressa può farsi con qualunque termine. Così, dicendo il disponente che l' erede non sarebbe tenuto a conferire il dono, che lo avrebbe per precapienza, che lo conserverebbe oltre la sua parte, o usando qualunque altra espressione equivalente, in tutti i casi non potrà domandarsi la collazione. Sarebbe ancora lo stesso (sebbene non esistesse alcuna frase speciale, che esprima positivamente la dispensa dalla collazione), se si scorgesse dal ravvicinamento delle diverse clausole dell' atto, che il disponente abbia certamente inteso conferire all' erede il dritto di raccogliere la liberalità, insieme con la sua parte di successione. Onde questa dispensa non è sagramentale, nè bisogna che sia formale e letterale, ma che sia espressa, che risulti dal testo della disposizione, e non da circostanze prese fuori dell' atto (articolo 843, 919 (762, 835)).

La dispensa tacita risulta dalle circostanze a cui la legge stessa attacca questo effetto; essa ha luogo: 1° per le liberalità a persone interposte; 2° per le donazioni mascherate, 3° per quelle il di cui oggetto per la loro poca importanza si può considerare come tolto dalle rendite del donante.

1° Per le liberalità a persone interposte, il ripiego del disponente che assegna manifestamente la cosa al tale, dandola realmente al tale altro, dichiara la volontà tacita di dispensare dalla collazione, volontà consacrata dalla legge (art. 851 (770)).

In applicazione di questo principio, dichiara il Codice positivamente dispensate dalla collazione (art. 847 849 (766 768)), le liberalità manifestamente dirette al figlio o al conjuge di uno erede che legalmente si presumono fatte allo erede medesimo.

2° La legge fa egualmente risultare una dispensa dalla collazione dallo avere il donante mascherato la sua donazione sotto la forma di un atto oneroso (1).—Quanto alle liberalità chiamate indirette dal Codice (quelle che non essendo fatte con atto formale di donazione, chiaramente si presentano come tali), restano soggette alla collazione se non ne sono espressamente dispensate (art. 851 (770)).

3° Da ultimo evvi tacita dispensa dalla collazione per tutti i doni che secondo l'indole loro, e per tutte insieme le circostanze sembrano essere state tolte dalle rendite del donante, il quale in ogni caso ne avrebbe altrimenti speso il valore, per modo che il suo patrimonio non sarebbe probabilmente più riguardevole, quand' anche non fossero state fatte tali liberalità. Così, per modo di esempio, non si conferiranno le spese di alimenti; e mantenimento, di educazione e di scuola, le spese di nozze o di corredo, i piccoli presenti di strenne feste, ed altri regali di uso, tranne che per la loro importanza rispetto alla fortuna del defunto non ne avessero veramente scemato il patrimonio (art. 852 (771)).

Quanto ai vantaggi, che il defunto avesse fatto guadagnare allo erede per società o altre convenzioni con lui fatte, non sono esse certamente liberalità, se le convenzioni fossero fatte sul serio. Ma essendovi società, la legge non rimuove ogni idea di mala fede, che in quanto le clausole del contratto siano state fatte nelle forme volute per gli atti di società; non essendosi eseguite tali forme, esiste una presunzion di frode, che può essere distrutta dall' erede con la prova positiva del contrario (art. 854 (773)). Del resto, quand' anche fosse riconosciuto che i pretesi atti onerosi nascondessero una liberalità, non sarebbe questa soggetta alla collazione, perchè le donazioni mascherate non sono dispensate, come abbiamo veduto, ma solamente soggette alla riduzione se toccassero la legittima.

Secondo lo indicato principio si com-

(1) Questi atti onerosi nella *forma*, e gratuiti nella *sostanza*, sono validi quando si seguono per la forma le regole dell' atto oneroso, e per la sostanza le regole della donazione (articolo 851 (770)).

prende che conferendosi qualunque cosa, vi ha tacita dispensa pei frutti rendite o interessi di essa (art. 856 (775)).

XLV.—Il secondo ed ultimo caso in cui non è dovuta la collazione, è quando la cosa donata sia un immobile che si perde, prima della divisione, presso il donatario per caso fortuito e senza colpa di lui. Allora l'immobile essendo egualmente perito in potere del defunto, gli è chiaro che il di costui patrimonio non si è scemato per la donazione, e che non può applicarsi il principio che ha fatto stabilire la collazione. D'altra parte, se l'immobile è perito innanzi l'apertura della successione, l'obbligo di conferire non può nascere per mancanza della cosa; essendo perito dopo, l'obbligo si è estinto colla perdita della cosa, per il principio generale, che qualunque debitore di un corpo certo vien liberato per la perdita di esso avvenuta senza sua colpa (art. 854 (773)).

Essendo l'immobile perito presso un terzo acquirente al quale lo avrebbe ceduto lo erede, bisognerebbe esaminare quando fossero avvenute l'alienazione, e poi la perdita. Se esso fosse stato alienato dopo l'apertura, l'erede, essendo da quel giorno debitore di un corpo certo, è liberato per la perdita di esso, e non è più tenuto alla collazione. Se l'immobile è stato alienato innanti l'apertura, l'erede allora è fatto dalla legge debitore, non dell'immobile medesimo, ma del valore che esso aveva al tempo dell'apertura per modo, che fa mestieri conoscere se la perdita sia avvenuta prima o dopo l'apertura; se prima, nissun valore avendo l'immobile al tempo della apertura, non sarà dovuta la collazione; se dopo, l'erede è debitore di una somma di danaro e sarà tenuto conferirla (art. 854 (773)).

Quanto ai mobili, siccome la collazione si fa non dei mobili in ispecie, come vedremo al § 4°, ma di una somma di denaro, che rappresenta il loro valore al tempo della donazione, gli è manifesto, che ne sarà sempre dovuta la collazione, tranne il caso di dispensa (art. 854 e 868 (773 e 787)).

§ 3.—*A chi è dovuta la collazione.*

XLVI.—La collazione è dovuta da ciascuno erede ai suoi coeredi. Essendo stabilita per mantenere l'eguaglianza fra i successori legittimi del defunto, gli è chiaro, ch'essa è estranea ai legatarî e ai creditori della successione, i quali non possono mai, nè domandarla nè trarne vantaggio quando sia fatta. Per essi è irrevocabile la liberalità del defunto, e i beni da *lui* donati restano fuori del suo patrimonio (art. 857 (776)).

Ma occorre fare una importante osservazione, quanto ai creditori, e ai legatari.

I creditori della eredità non han dritto ai beni conferiti o da conferire, che in quanto essi son creditori della eredità, essendo altrimenti se divenissero creditori personali dell'erede; perchè i creditori di una persona possono pagarsi sopra tutti i beni che le appartengono, ed esercitare tutti i dritti o azioni di lei. Ora i creditori dell'eredità divengono creditori personali degli eredi, che accettano puramente e semplicemente. Dunque, essendovi accettazione pura e semplice, i creditori potranno ben domandare la collazione in nome del loro debitore, e pagarsi sopra i beni che sarebbero quindi conferiti, o che l'erede stesso avrebbe già fatto conferire (art. 857 (776)).

Quanto ai legatarî, è vero che essi non possono mai nè far conferire i beni, nè farsi assegnare quelli conferiti; ma dalla collazione fatta, o da fare possono stabilire lo esatto calcolo della quota disponibile, e impedire così la riduzione esagerata dei legati che gli eredi pretenderebbero, calcolando la loro riserba fuori dei beni conferiti, o da conferire (art. 857 (776)).

§ 4. — *Come si effettua la collazione.*

XLVII. — La collazione si effettua ora realmente, rimettendo la cosa in natura nella massa a dividere, ora per equivalente, prendendo meno nella divisione (art. 858 (777)).

La collazione si fa prendendo di meno: 1° quando si è donato denaro ; 2° o mobili corporali ; 3° o un immobile la di cui proprietà innanti l'apertura della successione è stata alienata dall' erede, o a lui tolta indipendentemente dalla sua volontà, ma senza che l'immobile sia distrutto (art. 860, 868, 869 (779, 787, 788)).

In questi varî casi l' erede a contare dal giorno dell'apertura è debitore di una somma di denaro rispetto alla successione.— Nel primo caso egli è tenuto alla somma stessa da lui ricevuta; nel secondo, al valore che i mobili donati avevano al tempo della donazione (valore che si conoscerà dallo stato estimativo alligato all' atto di donazione, o in sua mancanza, dalla stima dei periti) ; nel terzo in fine, se l' immobile è stato da lui venduto, egli è tenuto al valore dell' immobile al tempo dell' apertura; se la proprietà gli è stata tolta indipendentemente dalla sua volontà, egli è tenuto solamente a cio che ha ricevuto. In tutti i casi la collazione si compie lasciando prelevare dai coeredi su i contanti della successione una somma eguale a quella dovuta; ovvero in mancanza di contanti , mobili , o in mancanza di questi, immobili fino alla concorrenza di quella somma *(ibid.)*.

Scorgesi che questa collazione con prender di meno, non è propriamente una *collazione*, ma piuttosto una *imputazione.*

XLVIII. — La collazione si fa in ispecie quando la cosa donata è un immobile, che trovasi ancora presso l' erede al tempo dell' apertura. Così, se fosse venduto dopo, la vendita sarebbe nulla , e la cosa dovrebbe essere rimessa in ispecie nella massa da dividere (art. 859, 860 (778, 779)).

Gli è vero nondimeno, che quando nella eredità vi sono altri simiglianti immobili, di cui si possano formare porzioni ad un dipresso uguali per gli altri coeredi, la legge consente al donatario di non mettere l'immobile nella divisione (la qual cosa sarebbe difatti inutile, dacchè la divisione gli renderebbe quello, od altro simigliante). Ma non è questa una collazione prendendo di meno vera e propriamente detta; così l' erede non è allora semplice debitore di una somma di denaro, ma dell' *immobile* stesso; e per conseguenza, se desso perisce prima di effettuirsi la divisione, l' erede è liberato per la perdita del corpo certo che egli doveva; di conseguenza ancora, *bisogna* considerare il valore dell' immobile al tempo della divisione, e non dell'apertura, per assegnare immobili di ugual valore agli altri coeredi. In breve, si deve allora giungere allo stesso fine, come se l' immobile fosse posto realmente nella massa, e ritornasse poi al donatario per effetto della divisione *(ibid.)*.

Quando un immobile è conferito alla successione, e rimesso nella massa divisibile, vi rientra libero da tutti i pesi reali, di cui l' erede donatario avrebbe potuto gravarlo. Difatti, perdendosi alla apertura della successione il dritto di proprietà, gli è chiaro che si perdono con esso tutti i dritti reali da lui consentiti; se non che è permesso, come di ragione, che tutti gl'interessati intervengano nella divisione per impedire una fraudolenta collazione. Del resto, effettuita la collazione in ispecie, ma per lo effetto della divisione l' immobile ritornando all' erede donatario, la risoluzione è come non avvenuta, e i dritti continuano ad esistere (art. 865 (784)).

XLIX. — Nella collazione degli immobili, facciasi in ispecie o col prender di meno, vuole la legge che si tenga conto delle spese necessarie od utili, come dei deterioramenti che provengono dall'erede donatario o dai suoi acquirenti (art. 861 a 864 (780 a 783)). Doveva andar così la bisogna; dacchè la collazione tende a mettere la massa nella condizione in che sarebbe stata , se la cosa non si fosse do-

nata.— Spese *necessarie* sono quelle senza le quali distruggerebbesi o deteriorebbesi la cosa; spese *utili* quelle che non imposte per la conservazione della cosa, le danno un maggior valore. Le spese *voluttuose*, servendo ad abbellire il fondo, non danno dritto a ristoro; se non che il donatario che le ha fatte può ripigliare le cose atte a togliersi senza scapito dell'immobile *(ibid.)*.

Comprendesi di leggieri come si faccia il conto.—Facendosi la collazione in ispecie, la successione prende l'immobile nello stato in cui si trova, e poi, secondo che lo ammontare delle spese superi quello dei deterioramenti, o viceversa, si sconta il debito con una somma di danaro che paga all'erede la successione, o quello o questa. —Nella collazione col prender di meno, propriamente o impropriamente detta, tutto si regola con un semplice calcolo; si stima l'immobile nello stato in cui è, vi si aggiunge lo ammontare dei deterioramenti imputabili all'erede, e si deduce dal totale la somma delle spese dovute. La somma che avanza, devesi pagare dall'erede, trattandosi di collazione col prender di meno propriamente detta; nel caso contrario, questa medesima somma dà il valore degli immobili che devono prelevarsi dai coeredi del donatario *(ibid.)*.

Conferendosi in denaro l'immobile, perchè venduto innanti l'apertura, gli è manifesto che deve aversi riguardo alle spese o deterioramenti compiti al tempo dell'apertura, e da questo momento è irrevocabilmente stabilita la somma da pagare.

Conferendosi al contrario lo stesso *immobile*, perchè al tempo dell'apertura era ancora presso l'erede, questi deve tener conto dei deterioramenti avvenuti per fatto suo dall' apertura sino alla divisione non che di quelle antecedenti; e viceversa, la successione sarebbe tenuta non che alle spese fatte sino al giorno dell' apertura, quand'anche il vantaggio venisse poi meno (senza colpa dell'erede), ma anche a quelle che potrebbero farsi dallo erede sino al giorno della divisione.

E di più, mentre per il tempo precedente alla divisione, la successione non è mai tenuta a ristoro per le spese di mantenimento, restando allora allo erede i frutti di cui sono un peso, essa vi sarebbe tenuta per lo intervallo dall'apertura alla divisione, appartenendo a lei i frutti dopo la apertura *(ibid.)*.

Come applicazione del principio generale noto col nome di *retenzione*, l'erede che deve conferire in ispecie lo immobile per cui è dovuto il ristoro, può ritenerlo fino a che non ne sia ristorato (art. 867 (786)).

L.—Devoluta una eredità in tutto o parte ai parenti naturali del defunto, la eguaglianza si mantiene fra i successori non mai colla collazione, ma colla semplice imputazione di ciò che si è ricevuto. Quindi 1° la cosa donata non si rimette mai *in ispecie* nella massa; 2° imputasi sempre sulla parte del successibile il valore che aveva la cosa *al tempo della donazione*; 3° per conseguenza, non si imputerebbe meno la cosa donata, sia pure un immobile, se fosse perita per caso fortuito.

Del resto, sebbene non occorresse nella successione irregolare far la collazione reale della cosa donata, ma solo prender di meno il valore di essa, ciò non toglie che si conti la somma da imputarsi onde determinare quella divisibile, e stabilire la porzione di ciascun successore; perchè essendo il parente donatario, rispetto alla successione, debitore di quella somma, deve dunque questo credito comprendersi nelle entrate, come si fa, nella successione legittima, per la collazione del denaro e dei mobili (art. 760 (676)).

Quanto ai figli naturali, l' autore non può mai dispensarli dalla imputazione per far loro cumulare la loro parte di successione con la liberalità, come lo potrebbe per gli eredi legittimi o parenti naturali che non sieno figli, non potendo mai il figlio naturale ricevere alcuna cosa più della porzione che la legge gli assegna *(ibid.)*.

Infine evvi anche questa particolarità nella imputazione, che i discendenti legittimi di un figlio naturale, quantunque non possano succedere che rappresentando il

loro autore, soffrono la imputazione non solo pei doni fatti a costui, ma anche per quelli che essi medesimi han ricevuto (*ibidem*).

SEZIONE II.

DELLA DIVISIONE

LI. — Discorreremo successivamente in quattro paragrafi: 1° della capacità richiesta per procedere alla divisione; 2° delle forme con le quali deve farsi; 3° degli effetti che produce; 4° e delle cause che possono farla rescindere.

§ 1. — *Della capacità di dividere.*

LII. — Il dritto di proceder solo ad una divisione appartiene a quelli che godono di tutta la loro civile capacità. Quanto ai diversi incapaci, vedremo come e per mezzo di chi si possa procedere alle divisioni che li riguardano.

Pei minori sotto tutela, e gl'interdetti, la divisione non può farsi che dal tutore con previa l'autorizzazione del consiglio di famiglia se devono fare la domanda, e senza autorizzazione, se rispondere solo a tal domanda. — Essendovi più minori che abbiano interessi opposti, bisogna dare a ciascuno un tutore speciale (art. 817 (736)).

Il minore emancipato può, dimandando o rispondendo, procedere alla divisione da se stesso con la assistenza del suo curatore (*ibid.*).

Per gli assenti fa mestieri distinguere; essendo l' assenza dichiarata, il dritto spetta agli immessi in possesso o all'amministratore legale; fino a che vi è semplice presunzione, l'assente non può essere rappresentato che da un notaro destinato dal tribunale (*ibid.*).

Coloro che son provveduti di un consulente giudiziario, non possono procedere ad una divisione, se non che assistiti dal consulente (*ibid.*).

Quanto alla donna maritata, bisogna pure distinguere. Se vi è comunione, e si tratta di beni la cui proprietà ne fa parte, il marito solo può procedere alla divisione o per domandare o per rispondere. — Se alla comunione appartiene solo il godimento dei beni, restando la proprietà alla moglie, ci vuole il concorso dell'uno e dell'altra. Se la moglie ha la proprietà e il godimento dei beni, ma non la libera disposizione, essa vi procede sola autorizzata dal marito. — Se in fine la moglie in pari tempo ha la proprietà, il godimento e la libera disposizione dei beni di cui si tratta, ella è capace per se stessa e senza autorizzazione. Bisognerebbe sempre che la divisione si facesse all'amichevole, perchè essendo giudiziaria sarebbe pure necessaria l'autorizzazione del marito, o per domandare o per rispondere (art. 818 (737)).

LIII. — I dritti indivisi di uno erede nella successione possono, come qualunque altro, essere ceduti; il cessionario, essendo posto nel luogo dell'erede cedente, potrebbe concorrere alla divisione, come lo erede medesimo. Ma la legge qui non permette questo risultamento ordinario dei principi, guardando in generale di male occhio, e con diffidenza tutti quelli che fan traffico di dritti incerti e non liquidi, perchè teme che la cupidigia di un cessionario possa spingerlo a trar vantaggio dalla conoscenza degli affari intimi della successione e dei segreti della famiglia per suscitare difficoltà e far sorgere liti.

Di conseguenza, quando un individuo che non era egli stesso uno dei condividenti, ha ottenuto a titolo oneroso una cessione che gli dà dritto a concorrere alla divisione, ciascuno dei condividenti gli può togliere i dritti ceduti, e rimuoverlo dalla divisione rifacendolo del prezzo della cessione. Il quale ristoro deve comprendere non solo il prezzo principale,

ma anche le spese accessorie e gl' interessi delle somme pagate; se la cessione si fosse fatta per permuta , si farebbe la stima del fondo permutato , e se ne pagherebbe il prezzo sempre colle spese e gl' interessi ; in breve, il cessionario dovrà sempre essere rindennizzato (art. 841 (760)).

Essendo accordata a ciascuno dei condividenti senza distinzione nè preferenza la facoltà del retratto dei dritti ceduti , ne segue che tutti possono in pari tempo esercitarla, e ciascuno per la sua parte , finchè il retratto non è compito in pro di uno o di più. Ma consumato in favore di uno di essi , gli altri non potrebbero in alcun modo costringerlo a comunicarne loro il vantaggio , essendo il voto della legge pienamente compito, e cessando di necessità qualunque reclamo, dacchè la divisione è concentrata fra quelli chiamati primitivamente a concorrervi (*ibid.*).

Il retratto non è mestieri si eserciti in un tempo determinato a contare dal giorno della cessione ; ma essendo permesso al solo fine di rimuovere l'estraneo dalla divisione, gli è manifesto che compita questa, non si può più esercitare. Non potrebbe esserlo nemmeno, se la cessione fosse stata ratificata espressamente o tacitamente da tutti i condividenti (*ibid.*).

§ 2. — *Della forma della divisione.*

LIV. — Essendo tutti i condividenti presenti e padroni dei loro dritti, non va soggetta la divisione ad alcuna particolare formalità, e può farsi con quella forma e in quell'atto che i condividenti giudicheranno convenevole (art. 819 (738)).

Ma se alcuno dei condividenti è minore (anche emancipato), interdetto o non presente, la divisione, almeno la diffinitiva, non può farsi che giudiziariamente e secondo le seguenti regole.

Dapprima diviene obbligatoria l' apposizione dei suggelli che è sempre facoltativa, e può essere richiesta o dagli eredi, o anche da qualunque creditore , purchè sia provveduto di un titolo esecutivo, o di una ordinanza del giudice (art. 819, 820 (738, 739)). Essa può domandarsi da uno degli eredi, o dal procuratore della Repubblica, ed il giudice di pace può anche procedervi di ufficio (*ibid.*). Apposti i suggelli, i creditori senza bisogno di titolo esecutivo, nè di ordinanza possono opporsi alla loro remozione (articolo 821 (740)).

Il tribunale innanti a cui deve procedersi alla divisione, è quello dell' apertura della successione. Esso giudica, come in materia sommaria, le quistioni che possono insorgere, ovvero delega a dirigere le operazioni , uno de' giudici sul rapporto del quale esso di poi pronunzia (articolo 822, 823 (741, 742)).

La stima dei mobili, non essendosi fatta nell'inventario che accompagna la remozione dei suggelli, deve farsi a giusto prezzo, e *sans crue* da periti destinati dal tribunale (art. 825 (744)). La perizia degli immobili, quando pure vi sieno minori, è oggidì facultativa pel tribunale (art. 824 (743)); se ordinata, sarà fatta da tre periti nominati di ufficio (*ibid.*). Il loro verbale deve contenere le basi della stima ; indicare se e in qual modo i beni possano comodamente dividersi; determinare infine, in caso di divisione, ciascuna delle parti che può formarsene e il loro valore (*ibid.*).

In principio, la divisione deve farsi in ispecie tanto pei mobili che per gli immobili (art. 826 (745)). Ma questo principio può avere eccezioni per gli uni e per gli altri. — Pei mobili: se i creditori hanno fatto sequestri e non bastino a pagarli i contanti della successione , debbono vendersi i mobili pubblicamente e con le forme richieste (*ibidem*). — Per gli immobili : essendo riconosciuto che la divisione di uno o di più non può operarsi senza un considerevole svilimento, o grandi difficoltà nel godimento delle porzioni, essi devono essere venduti all'incanto, innanzi un giudice o un notaro delegato dal tri-

bunale nelle forme prescritte per la alienazione dei beni dei minori, e ammettendovi gli estranei (art. 827, 839 (746, 758)).

LV. — Se la divisione ha per obbietto immobili sopra i quali sien liquidati i dritti delle parti, e sieno nominati i periti, questi, trovando fattibile la divisione, formeranno immediatamente le porzioni procedendo alla stima, e queste porzioni si sortiranno innanti il giudice commissario, od il notaro. Se, al contrario, i dritti delle parti non sono liquidati, o se la divisione a fare abbracci altri beni che gl'immobili da stimare, ovvero se il tribunale non ha ordinato la perizia, o se in fine non è giudicata fattibile la divisione degli immobili; allora stimati i mobili e gl'immobili, e vendutili tutti o parte se ciò è necessario, il giudice commissario rimanda le parti innanzi un notaro destinato dal tribunale (art. 828 (747)).

Innanzi il notaro si procede:

1° Ai conti che i condividenti si debbono dare (*ibid.*).

2° Alla formazione della massa generale, nella quale si comprendono: tutti i beni esistenti nella eredità; il prezzo di quelli venduti, e le collazioni fatte in ispecie dagli eredi (art. 828. 829 (747, 748)).

3° Alle prededuzioni da fare, nel caso di collazione col prender di meno, dai coeredi ai quali la collazione è dovuta: le quali prededuzioni si fanno per quanto è possibile in cose della stessa natura, qualità e bontà, che quelle non conferite in ispecie (art. 830 (749)).

4° Alla formazione su quello che resta nella massa, di tante porzioni eguali quanti sono gli eredi e le stirpi condividenti, se han dritti uguali. Essendo ineguali i dritti, dipenderebbe dalle circostanze il modo da seguire, ma non bisognerebbe mai perder di mira queste due regole: 1° che dovendo farsi un sorteggio per ciascuna persona o stirpe condividente, se un sol modo di divisione desse luogo al sorteggio per ognuna singolarmente, deve necessariamente adottarsi; 2° se questo sorteggio può farsi con più modi di divisione, deve adottarsi quello che offra minori inconvenienti. — Essendovi varie stirpi, si procede fra le varie branche di ognuna e secondo le riferite regole, alla suddivisione della porzione toccata alla stirpe. — Le porzioni si fanno da un perito nominato dal giudice commissario. — Per quanto si può, deve farsi entrare in ciascuna porzione la stessa quantità di mobili, immobili, dritti o crediti, della stessa indole e valore, schivando però che si smembrino i fondi e si dividano le colture; salvo a compensare la ineguaglianza delle porzioni in ispecie con un compenso o ***pareggiamento***, in rendita o in danaro (1). Le porzioni devono trarsi a sorte; ma prima del sorteggio ciascun condividente può proporre i suoi reclami contro la loro composizione (art. 831 a 836 (750 a 755)).

Sorgendo quistioni nelle operazioni rimesse avanti il notaro, costui stende verbale delle difficoltà, delle osservazioni delle parti, e rimanda innanti il giudice-commissario; se questi non giunge a conciliarle, le rimanda a sua volta innanti il tribunale (art. 837 (756)).

LVI. — Quando per la divisione nella quale sono interessati minori, interdetti o persone non presenti, non si sono seguite le regole sopra riferite, tal divisione non può valere che come provvisoria, e soltanto pel godimento dei beni (Vedi il sunto del titolo *della Tutela*, n. XVII, § 2°).

Quando, al contrario, tutti gl'interessati son presenti e padroni dei loro dritti, la divisione, come già si è detto, può farsi in quel modo che si stimerà conveniente; nè occorre rivolgersi ai magistrati, che quando non son concordi per procedere all' amichevole. Ma in questo medesimo caso gli eredi possono convenire amichevolmente su questo o quel punto speciale, e adottare una regola diversa da quella della legge (art. 838 (757)).

(1) Questo pareggiamento è garentito da un privilegio sopra gl'immobili che ne sono gravati (articolo 2103-3° (1972)).

della violenza o del dolo, abbia volontariamente alienato la sua porzione in tutto o in parte, dopo che sia cessata la violenza o scoverto il dolo, essendo tale alienazione una tacita rinunzia alla sua azione. Per fermo l'alienazione fatta da quelli contro i quali può dirigersi l'azione, non impedirebbe tale azione che risolverebbe l'alienazione da essi consentita (art. 890 (812)).

LXII. — Essendo l'uguaglianza di essenza nelle divisioni, la lesione diviene causa di rescissione in pro del condividente che non ha ottenuto nella divisione i tre quarti di quel che dovea ricevere; e di certo, per giudicare, se vi sia lesione fa mestieri stimare i beni secondo il valore che avevano al tempo della divisione (art. 890 (810)).

Sebbene la rescissione per lesione sia eccezionale per le divisioni, e non si ammetta in generale per tutte le convenzioni, come l'azione per violenza o dolo, bisogna pure osservare che dessa ammettesi per ciò solo che l'atto impugnato costituisca realmente una divisione, tuttochè avesse forma e nome di altro contratto, anche di transazione (art. 888 (808)).

Dunque è ammessa la rescissione quando l'atto, qual che ne sia la qualifica, abbia realmente mirato a far cessare la comunione. Ma se l'atto ha tolto la comunione accessoriamente, se nè in fondo nè nella forma è desso una divisione, non si accorda più l'azione per lesione (*ibid.*).

Così, per modo di esempio, quando mercè una pattuita somma un erede ha venduto al coerede la sua parte di una eredità già liquida, gli è manifesto la vendita non ad altro mirare che a rompere la comunione, come lo avrebbe fatto una divisione fra i due eredi, ed essere rescindibile per lesione. Ma se l'erede ha venduto il dritto tal quale e inestimabile, che aveva in una successione di cui si ignoravano le entrate o le uscite, o le une e le altre ad un tempo, gli è questo un contratto il cui obbietto principale non era di far cessare la comunione, e nel quale i rischi che intendevansi correre, rendono impossibile ogni ulteriore lamento di lesione.

Parimente, se una persona che aveva sulla eredità un dritto incerto o per la sua estensione, o per la esistenza medesima, vi abbia rinunziato con la cessione della tal cosa, o il pagamento di una somma, la è questa una vera transazione che non mirava propriamente a far cessare la comunione, ma ad evitare con un sagrificio l'evento di una perdita più considerevole. Tal carattere di transazione, non solo apparente, ma reale, e che quindi non può dar luogo a rescissione per lesione, si offrirebbe chiaramente, se fatto prima un atto di divisione, fosse poi intervenuta una transazione per le difficoltà, che da quello erano sorte: poco allora importerebbe che la lite cui l'atto di divisione poteva far nascere, fosse o no incominciata; bastando che il primo atto fosse serio, e che ne fossero nate difficoltà parimente serie; bisognerebbe in breve, che il secondo atto fosse una transazione sì per la sostanza che per la forma (art. 888, 889 (808, 809)).

Quando la domanda di rescissione è fondata sulla lesione, il convenuto può sempre respingerla, anche dopo intentata l'azione, offrendo all'attore il giusto supplemento della sua porzione, o in specie o in contanti. Tal facoltà non esisterebbe nelle domande fondate sulla violenza o il dolo (art. 891 (811)).

LXIII. — L'errore non è mai per se stesso causa di rescissione; la quale non potrebbe per esso aver luogo, che in quanto avrebbe prodotto la lesione di oltre un quarto per uno o più eredi. Bisognerebbe ancora pertanto che la lesione risultasse da una falsa stima dei beni; perchè, risultando dalla omissione d'una cosa che doveva esservi compresa, si dovrebbe allora solamente un supplemento. Questa divisione supplementaria dovrebbe farsi sempre, fosse pure poco considerevole la cosa omessa per errore (art. 887 (807)).

Se, al contrario, si fosse compresa nella divisione una cosa che non doveva entrarvi, l'erede che avendola ricevuto ne sarebbe evitto, si farebbe ristorare con l'azione di garenzia di cui nel precedente

paragrafo si è parlato. — Se l'errore fosse versato sulla esistenza dei dritti ereditari, trascurandosi uno degli eredi, costui avrebbe la petizione di eredità ; ammettendosi uno straniero, i beni a costui attribuiti , e che quindi sarebbero rimasti indivisi, darebbero luogo, come si è detto, ad un supplimento di divisione dei beni omessi. — Se infine l' errore versa sulla quota dei dritti, ammettendo uno o più eredi per una parte maggiore , la divisione mancherà di causa, e sarà come non avvenuta *(ibid.)*.

L'azione di rescissione di divisione dura dieci anni. Il termine corre pei maggiori dal giorno stesso dell'atto nel caso di lesione; e negli altri casi, da quando cessa la violenza o si scopre il dolo. Nel caso di petizione di eredità, o di domanda di nullità per mancanza di causa, o di domanda di divisione supplementaria, l'azione durerebbe trent'anni dal giorno dell'apertura della successione. — Essendovi eredi minori o interdetti, i dieci o i trent'anni correrebbero dal giorno della maggiore età, o da quando si è tolta la interdizione (articolo 892 (812)).

L'azione di rescissione che tende a far annullare una divisione, e farne una novella, costituisce dunque una vera domanda di divisione, e quindi deve portarsi al tribunale dell'apertura *(ibid.)*.

N. B. — Poniamo fine a questa materia *della divisione* con una importante osservazione.

La legge per speciale disposizione ha fornito ai creditori di qualunque erede un mezzo facile per prevenire la frode, che potrebbero temere da parte del lor debitore nella divisione di una eredità. Il qual mezzo offerto ad ogni creditore è di notificare agli eredi un divieto di procedere alla divisione senza il suo intervento (il qual divieto gli eredi saran tenuti rispettare), ovvero d'intervenire alla divisione cominciata innanzi di aver fatto opposizione. Il creditore per la di cui garenzia basta questo dritto di opposizione e di intervento, fatta la divisione senza opposizione nè intervento, non potrebbe più impugnarla, quand'anche offrisse di provare che sia stata fraudolenta. Ma di certo potrebbero sempre i creditori impugnare una pretesa divisione, provando che sia apparente, e non reale, come altresì potrebbero provare che la divisione che si vuole anteriore alla loro opposizione, sia avvenuta più tardi, e che l'atto che loro si oppone abbia una data antecedente (articolo 882 (802)).

SECONDA PARTE

EFFETTI DELL' ACCETTAZIONE RISPETTO AI CREDITORI E AI LEGATARI

Gli effetti della accettazione rispetto ai legatari e creditori della eredità differenziano secondochè la accettazione siesi fatta puramente e semplicemente o col beneficio d'inventario.

SEZIONE PRIMA

EFFETTI DELLA ACCETTAZIONE PURA E SEMPLICE (RISPETTO AI CREDITORI E LEGATARI).

LXIV. — Abbiamo di sopra veduto (numero LVII) che i debiti del defunto dividonsi di pieno dritto fra tutti i successori generali: eredi, successori irregolari, legatari o donatari universali o a titolo universale; e che ciascun di loro deve concorrere al pagamento a misura di ciò che prende nella eredità. Conseguentemente i creditori ereditari possono in pari tempo perseguitare gli eredi e gli altri successori generali concorrenti con essi, domandando a ciascuno la rispettiva parte. — Ma se i creditori possono in tal modo domandare la rispettiva porzione ad ogni erede,

possono altresì domandargli di più, ove concorrano eredi con altri successori (articolo 873 (794)).

Difatti, gli eredi puri e semplici essendo, per parlar giuridicamente, coloro che rappresentano e continuano la persona del defunto, ognuno di loro quindi deve rispondere delle obbligazioni di lui per la parte che egli ne rappresenta; e il creditore può perseguirli soli, tralasciando i successori non eredi. — Essendo l' erede puro e semplice tenuto a'debiti, non tanto perchè possiede i beni del debitore quanto perchè continua la persona di lui, e diviene perciò egli stesso debitore personale, ne deriva che egli è obbligato al debito, non solo sino alla concorrenza dei beni ereditari, ma assolutamente come lo stesso defunto, e sopra tutti i beni proprî presenti od anche futuri. — Anzi avviene alle volte che lo intero debito può essere pagato non solo da un erede unico, ma pure da uno di più eredi, cioè essendo indivisibile il debito ed altresì in molti altri casi che saranno spiegati nel titolo *delle Obbligazioni* (*ibid.*).

Fra gli altri evvi il caso in cui l' erede riceve nella sua porzione un immobile ipotecato al debito. Ma si comprende che questo risultamento non è attaccato al titolo di erede, essendo similmente per qualsiasi altra persona; quindi un successore generale ma erede, un successore anche particolare del defunto, ed anche un successore particolare fra vivi (un compratore, un donatario, un permutante) qualunque in breve, sarà tenuto allo intero debito, per essere possessore dell'immobile ipotecato (*ibid.*).

Ma per fermo, quando un erede, costretto di pagare oltre la parte che deve contribuire, potrà rivolgersi contro tutti quelli che debbono con esso lui concorrere al pagamento, e farsi pagare la rispettiva porzione, onde sostenere alla fine la sua sola parte. Essendo alcuno di quelli insolvibile, la sua parte sarà ripartita in proporzione a tutti gli altri (articolo 876 (796)) per una ben naturale conseguenza del principio della garenzia dovuta da tutti reciprocamente, siccome vedemmo di sopra (coloro che debbono concorrere, sono per lo appunto i condividenti).

L'erede che ha pagato più della sua propria parte, non potrà esercitare la sua azione che per la parte di ciascuno degli altri, e rivolgendosi contro tutti. — Egli non potrebbe restringere la azione ai suoi coeredi, per farsi da loro pagare la parte a cui ognuno è tenuto come rappresentante del defunto: vietando la legge che si restringa l'azione soltanto agli eredi, perchè ciò produrrebbe un incrocicchiamento di azioni, che rende inutile la reciproca garentia dovuta da quelli che debbono concorrere al pagamento (art. 875 (795)).

Sarebbe similmente e per la stessa ragione, se avesse pagato oltre la sua parte un concorrente non erede (il che potrebbe solo avvenire per lo effetto della ipoteca): costui dovrebbe parimente rivolgersi contro tutti gli altri, non potendo restringere la azione contro i soli eredi (*ibid.*).

Sarebbe però diversamente, se il debito fosse pagato (sempre per effetto della ipoteca) da chi non dovrebbe concorrere. Questi sarebbe libero di perseguire ciascun concorrente per la rispettiva parte, o gli eredi per la parte a cui ciascuno è tenuto qual rappresentante del defunto; ed oltre a ciò, potrebbe per effetto della surrogazione, perseguire per l'intero i possessori dell'immobile ipotecato al debito (art. 874 875 (T, 795)).

Essendo l'erede puro e semplice tenuto personalmente alle obbligazioni del defunto, gli è chiaro che i titoli esecutivi contro il defunto lo saranno egualmente contro la persona e sopra i beni proprî di lui. Pure, siccome l' erede può ignorarne in fatto perfino la esistenza, la legge non permette che sienò contro lui esecutivi che dopo la notifica a persona o a domicilio, la quale deve esser fatta otto giorni franchi, prima dei procedimenti che si vogliono fare (articolo 877 (797)).

LXV. — Rispetto ai legatari, l'erede anche puro e semplice, non è mai tenuto *ultra vires bonorum*, ma solo sino alla con-

correnza del valore dei beni ereditari.

L'erede è obbligato *ultra vires* per la sua qualità di rappresentante della persona del defunto; ma egli non deve i legati con tal qualità, incominciando in lui il debito che non era nel defunto, perchè un testatore non è obbligato dalle disposizioni del suo testamento: l'erede come continuatore della persona del defunto, non sarebbe in alcun modo tenuto ai legati, non essendovi tenuto il defunto. Quindi, essendo l'erede tenuto ai legati unicamente come possessore del patrimonio che gli venne trasmesso con la condizione di pagarli, ed essendovi tenuto in quanto ne possiede i beni, egli li deve nei limiti del valore di essi (Ved. l'art. 1017 (971)).

Del resto, l' erede non potrebbe schivare l'azione dei legatari, cioè quando provi la insufficienza delle entrate da lui raccolte.

LXVI. — Il principio che dell' erede fa il rappresentante del defunto, e per cui i due patrimoni si unificano confondendosi le rispettive entrate ed uscite, potrebbe divenire pregiudizievole ai creditori e legatari, quando il patrimonio dell' erede abbia maggiori passività che entrate, e dar loro, nella massa dei due riuniti patrimoni, molto meno di quello avrebbero avuto in quello solo del defunto. Di conseguenza, la legge permette ai creditori e legatari di far pronunziare la separazione dei due patrimoni, onde farsi pagare sopra quello del defunto escludendo i creditori dell' erede (878 (798)). Molte condizioni si richiedono per ottenere la separazione dei patrimoni; alcune comuni pei mobili e gli immobili ereditari; altre speciali per gli uni o per gli altri.

E primieramente, per ottenere la separazione dei mobili o degli immobili, bisogna 1° che i creditori e legatari non abbiano accettato l'erede nè espressamente, nè tacitamente per loro personale debitore, in vece della eredità (art. 879 (799)). — 2° che i beni ereditari non sieno per ancò venduti dall'erede, o ne sia tuttavia dovuto il prezzo; o in fine che vi sia da esercitare qualche azione di ricuperamento o di nullità della vendita che possa far rientrare la cosa nel patrimonio (articolo 880 (800)).

Pei mobili bisogna inoltre, 3° che essi non sieno ancora confusi con quelli personali dello erede (*ibid.*); 4° da ultimo che la domanda sia fatta dentro i tre anni al più tardi dal giorno dell'apertura della successione. Per gli immobili, richiedesi: 5° che si prenda iscrizione sopra di essi al più tardi dentro ai sei mesi dall' apertura, sino a che sono in potere dell' erede; e se furono venduti prima dei sei mesi, nei quindici giorni che seguono la trascrizione del compratore (*ibid.*).

Fa uopo notare le due ultime delle tre condizioni richieste per gli immobili, cioè: da una mano, che la domanda si faccia quando essi sono ancora presso l'erede (o vi sia azione per farveli rientrare, o ne sia tuttora dovuto il prezzo); e dall'altra, che si prenda iscrizione, o dentro i sei mesi dall'apertura (sopra gl'immobili rimasti presso l'erede) ovvero nei quindici giorni dopo la trascrizione (sopra quelli che fossero venduti innanti i sei mesi). Queste due condizioni sono perfettamente distinte; e ciascuna di esse, separatamente, deve compirsi sotto pena di decadenza. — Così, dapprima, è inammessibile la domanda degli aventi dritto perciò solo che essi han lasciato che l' erede venda irrevocabilmente un immobile e ne riceva il prezzo innanzi la loro domanda; nè monterebbe che la vendita sia avvenuta innanzi di spirare i sei mesi, e che la iscrizione sia presa poi nei quindici giorni dopo la trascrizione, od anche prima della vendita. Similmente vi sarebbe decadenza perciò solo che la iscrizione non fosse presa dentro i sei mesi sopra i beni non venduti, e dentro i quindici giorni dopo la trascrizione per quelli venduti innanzi i sei mesi; nè importerebbe che fosse fatta dopo una domanda regolare e anteriore alla alienazione, od anche precedentemente (*ibidem*).

LXVII. — Vediamo adesso quali effetti partorisce la separazione dei patrimoni. — È facile poterli scorgere.

E primieramente, essendovi allora sepa-

razione dei due patrimonî, vi ha dunque due debitori, la successione e l'erede, avente ciascuno i loro creditori, i loro beni, i loro debiti. E siccome i beni di un debitore non sono risponsabili dei debiti altrui, ne conseguita che i creditori della eredità, compresivi i legatarî, hanno soli dritto sopra i beni ereditarî; come altresì i creditori dell'erede han soli diritto sopra i beni di lui. — I creditori ereditarî e i legatarî con essi dovendosi pagare sopra i beni della eredità come se l'erede non l'avesse accettato, conserveranno evidentemente l'ordine rispettivo che occupano fra loro per modo che si pagheranno successivamente, prima i creditori privilegiati, poi gli ipotecarî, in terzo luogo i semplici chirografari, e in ultimo i legatarî (art. 880 (800)).

Ma non bisogna spingere troppo in là questa idea della separazione dei due patrimonî. Essa non è assoluta, ma relativa; è ammessa soltanto fra le due classi di creditori, e non per lo erede che non può ottenere mai tal risultamento se non se col beneficio d'inventario.

Or, se soltanto per le due classi di creditori fra loro evvi distinzione di due patrimonî, essa quindi verrà meno e si darà luogo all'unità di patrimonio risultante dall'accettazione pura e semplice, quando sarà dispersa una delle due classi. — Adunque, se i beni proprî dell'erede offrissero un eccesso di entrate dopo il pagamento dei creditori personali, l'erede non potrebbe in nissun modo impedire che i creditori ereditarî se lo prendessero nella insufficienza dei *beni ereditarî*; farebbero similmente e per *reciprocanza* i creditori personali sopra i beni ereditarî (art. 881 (801)).

LXVIII. — Poniamo fine con tre importanti osservazioni:

1° Non essendo accordata la separazione dei patrimonî ai legatarî e creditori ereditarî che a fin di garentirli contro i rischi di perdite che può loro presentare la confusione dei patrimonî, essa non può mai essere per loro un mezzo di prendere nei beni ereditarî più di quello avrebbero avuto, se lo erede non avesse accettato; se dunque è ottenuta da alcuni di loro, essi nondimeno prenderanno nei beni della eredità quello che avrebbero preso, se per tutti si fosse ammessa (art. 880 (800)).

2° Quantunque l'accettazione fatta dall'erede col beneficio miri a mantenere distinti e separati i due patrimonî del defunto e dell'erede, e renda quindi inutile per adesso una domanda di separazione da parte dei creditori ereditarî e dei legatarî, gioverà far pronunziare la separazione in loro vantaggio, per tema che l'erede beneficiato decadendo da tal qualità, non rimetta la confusione dei due patrimonî quando non potrebbero più separarsi (*ibid.*).

3° Infine, mirando la separazione dei patrimonî ad impedire la confusione *dei beni del defunto* con quelli dei suoi eredi: e da altra parte, i beni donati dal defunto ai suoi successibili e poi conferiti non essendo più *beni del defunto*, nè rientrando nella successione che rispetto agli eredi senza poterne trarre profitto i legatarî o creditori ereditarî, ne segue che la separazione dei patrimonî non potrebbe effettuarsi sopra i beni ritornati alla massa per effetto della collazione (*ibid.*).

SEZIONE II.

EFFETTI DELLA ACCETTAZIONE COL BENEFICIO RISPETTO AI CREDITORI E AI LEGATARI

LXIX. — Abbiamo già veduto (n. XXXVI) che l'accettazione col beneficio mantiene distinti i due patrimonî del defunto e dell'erede per modo, che i creditori ereditarî come i legatarî non hanno dritto che sopra i beni della eredità, e l'erede conserva tutti i suoi dritti contro il defunto, come reciprocamente la successione conserva contro di lui i dritti del defunto. L'erede beneficiato dunque non è realmente propietario dei beni ereditarî; ma ne è fatto amministratore dalla legge; egli fa i proce-

correnza del valore dei beni ereditarî.

L'erede è obbligato *ultra vires* per la sua qualità di rappresentante della persona del defunto; ma egli non deve i legati con tal qualità, incominciando in lui il debito che non era nel defunto, perchè un testatore non è obbligato dalle disposizioni del suo testamento: l'erede come continuatore della persona del defunto, non sarebbe in alcun modo tenuto ai legati, non essendovi tenuto il defunto. Quindi, essendo l'erede tenuto ai legati unicamente come possessore del patrimonio che gli venne trasmesso con la condizione di pagarli, ed essendovi tenuto in quanto ne possiede i beni, egli li deve nei limiti del valore di essi (Ved. l'art. 1017 (971)).

Del resto, l' erede non potrebbe schivare l'azione dei legatarî, cioè quando provi la insufficienza delle entrate da lui raccolte.

LXVI. — Il principio chè dell' erede fa il rappresentante del defunto, e per cui i due patrimonî si unificano confondendosi le rispettive entrate ed uscite, potrebbe divenire pregiudizievole ai creditori e legatarî, quando il patrimonio dell' erede abbia maggiori passività che entrate, e dar loro, nella massa dei due riuniti patrimonî, molto meno di quello avrebbero avuto in quello solo del defunto. Di conseguenza, la legge permette ai creditori e legatarî di far pronunziare la separazione dei due patrimonî, onde farsi pagare sopra quello del defunto escludendo i creditori dell' erede (878 (798)). Molte condizioni si richiedono per ottenere la separazione dei patrimonî; alcune comuni pei mobili e gli immobili ereditarî; altre speciali per gli uni o per gli altri.

E primieramente, per ottenere la separazione dei mobili o degli immobili, bisogna 1° che i creditori e legatarî non abbiano accettato l'erede nè espressamente, nè tacitamente per loro personale debitore, in vece della eredità (art. 879 (799)). — 2° che i beni ereditarî non sieno per ancó venduti dall'erede, o ne sia tuttavia dovuto il prezzo; o in fine che vi sia da esercitare qualche azione di ricuperamento o di nullità della vendita che possa far rientrare la cosa nel patrimonio (articolo 880 (800)).

Pei mobili bisogna inoltre, 3° che essi non sieno ancora confusi con quelli personali dello erede (*ibid.*); 4° da ultimo che la domanda sia fatta dentro i tre anni al più tardi dal giorno dell'apertura della successione. Per gli immobili, richiedesi: 5° che si prenda iscrizione sopra di essi al più tardi dentro ai sei mesi dall' apertura, sino a che sono in potere dell' erede; e se furono venduti prima dei sei mesi, nei quindici giorni che seguono la trascrizione del compratore (*ibid.*).

Fa uopo notare le due ultime delle tre condizioni richieste per gli immobili, cioè: da una mano, che la domanda si faccia quando essi sono ancora presso l'erede (o vi sia azione per farveli rientrare, o ne sia tuttora dovuto il prezzo); e dall'altra, che si prenda iscrizione, o dentro i sei mesi dall'apertura (sopra gl'immobili rimasti presso l'erede) ovvero nei quindici giorni dopo la trascrizione (sopra quelli che fossero venduti innanti i sei mesi). Queste due condizioni sono perfettamente distinte; e ciascuna di esse, separatamente, deve compirsi sotto pena di decadenza. — Così, dapprima, è inammessibile la domanda degli aventi dritto perciò solo che essi han lasciato che l' erede venda irrevocabilmente un immobile e ne riceva il prezzo innanzi la loro domanda; nè monterebbe che la vendita sia avvenuta innanzi di spirare i sei mesi, e che la iscrizione sia presa poi nei quindici giorni dopo la trascrizione, od anche prima della vendita. Similmente vi sarebbe decadenza perciò solo che la iscrizione non fosse presa dentro i sei mesi sopra i beni non venduti, e dentro i quindici giorni dopo la trascrizione per quelli venduti innanzi i sei mesi; nè importerebbe che fosse fatta dopo una domanda regolare e anteriore alla alienazione, od anche precedentemente (*ibidem*).

LXVII. — Vediamo adesso quali effetti partorisce la separazione dei patrimonî. — È facile poterli scorgere.

E primieramente, essendovi allora sepa-

razione dei due patrimonî, vi ha dunque due debitori, la successione e l'erede, avente ciascuno i loro creditori, i loro beni, i loro debiti. E siccome i beni di un debitore non sono risponsabili dei debiti altrui, ne conseguita che i creditori della eredità, compresivi i legatarî, hanno soli dritto sopra i beni ereditari; come altresì i creditori dell'erede han soli diritto sopra i beni di lui. — I creditori ereditarî e i legatarî con essi dovendosi pagare sopra i beni della eredità come se l'erede non l'avesse accettato, conserveranno evidentemente l'ordine rispettivo che occupano fra loro per modo che si pagheranno successivamente, prima i creditori privilegiati, poi gli ipotecarî, in terzo luogo i semplici chirografari, e in ultimo i legatarî (art. 880 (800)).

Ma non bisogna spingere troppo in là questa idea della separazione dei due patrimonî. Essa non è assoluta, ma relativa; è ammessa soltanto fra le due classi di creditori, e non per lo erede che non può ottenere mai tal risultamento se non se col beneficio d'inventario.

Or, se soltanto per le due classi di creditori fra loro evvi distinzione di due patrimonî, essa quindi verrà meno e si darà luogo all'unità di patrimonio risultante dall'accettazione pura e semplice, quando sarà dispersa una delle due classi. — Adunque, se i beni proprî dell'erede offrissero un eccesso di entrate dopo il pagamento dei creditori personali, l'erede non potrebbe in nissun modo impedire che i creditori ereditarî se lo prendessero nella insufficienza dei *beni ereditarî*; farebbero similmente e per reciprocanza i creditori personali sopra i beni ereditarî (art. 881 (801)).

LXVIII. — Poniamo fine con tre importanti osservazioni:

1° Non essendo accordata la separazione dei patrimonî ai legatarî e creditori ereditarî che a fin di garentirli contro i rischi di perdite che può loro presentare la confusione dei patrimonî, essa non può mai essere per loro un mezzo di prendere nei beni ereditarî più di quello avrebbero avuto, se lo erede non avesse accettato; se dunque è ottenuta da alcuni di loro, essi nondimeno prenderanno nei beni della eredità quello che avrebbero preso, se per tutti si fosse ammessa (art. 880 (800)).

2° Quantunque l'accettazione fatta dall'erede col beneficio miri a mantenere distinti e separati i due patrimonî del defunto e dell'erede, e renda quindi inutile per adesso una domanda di separazione da parte dei creditori ereditarî e dei legatarî, gioverà far pronunziare la separazione in loro vantaggio, per tema che l'erede beneficiato decadendo da tal qualità, non rimetta la confusione dei due patrimonî quando non potrebbero più separarsi (*ibid.*).

3° Infine, mirando la separazione dei patrimonî ad impedire la confusione *dei beni del defunto* con quelli dei suoi eredi: e da altra parte, i beni donati dal defunto ai suoi successibili e poi conferiti non essendo più *beni del defunto*, nè rientrando nella successione che rispetto agli eredi senza poterne trarre profitto i legatarî o creditori ereditarî, ne segue che la separazione dei patrimonî non potrebbe effettuarsi sopra i beni ritornati alla massa per effetto della collazione (*ibid.*).

SEZIONE II.

EFFETTI DELLA ACCETTAZIONE COL BENEFICIO RISPETTO AI CREDITORI E AI LEGATARI

LXIX. — Abbiamo già veduto (n. XXXVI) che l'accettazione col beneficio mantiene distinti i due patrimonî del defunto e dell'erede per modo, che i creditori ereditarî come i legatarî non hanno dritto che sopra i beni della eredità, e l'erede conserva tutti i suoi dritti contro il defunto, come reciprocamente la successione conserva contro di lui i dritti del defunto. L'erede beneficiato dunque non è realmente propietario dei beni ereditarî; ma ne è fatto amministratore dalla legge; egli fa i proce-

dimenti ed esercita le azioni nello interesse della successione, come altresì si difende contro quelle che i terzi possono contro di essa dirigere.

Incaricato di amministrare la successione e far liquidi i conti, l'erede beneficiato deve convertire i beni in contanti onde pagare i crediti e i legati; ma la legge non gli consente di fare amichevoli alienazioni.

Egli non può vendere gl'immobili che con previa autorizzazione del magistrato, e colle forme prescritte dal Codice di procedura. Quanto ai mobili, non c'è bisogno di autorizzazione, ma la vendita non può farsi che per ministero di un ufficiale pubblico agli incanti, e con previe le pubblicazioni e gli affissi. Se egli vendesse gli uni e gli altri senza le forme volute, sarebbe in vero perfettamente valida la vendita, ma questo sarebbe un atto di erede da fargli perdere il beneficio d'inventario (art. 805, 806 (723, 724)).

Pei dritti che appartengono a lui contro la eredità, egli deve agire contro i suoi coeredi; sendo solo o trattandosi di un dritto che appartiene a tutti i coeredi, la azione deve dirigersi contro un curatore nominato colla stessa forma che i curatori alle successioni vacanti (art. 808 (727)).

L'erede, come qualunque altro amministratore, deve render conto della sua amministrazione. Ma essendo essa gratuita, egli rsponde delle colpe gravi; per modo di esempio, se avesse conservato in ispecie mobili che sarebbe stato più utile vendere, non sarebbe tenuto che dello svilimento prodotto dalla sua negligenza. Del resto, nel capitolo delle spese gli si devono far buone tutte quelle da lui fatte nell'interesse della massa, quelle dei suggelli, dell'inventario, e dello stesso conto (art. 804, 805, 810 (721, 723, 729)).

Le obbligazioni che nascono contro gli eredi dalla sua amministrazione, essendo a lui personali, debbono eseguirsi sopra i suoi beni propri. Se dunque reso il conto, egli si negasse a pagare la residua somma di cui è rimasto debitore, potrebbe essere perseguito sopra i suoi beni pel pagamento: se non si potesse ottenere all'amichevole il rendimento stesso del conto, potrebbe esservi condannato sotto una penale pari allo intero ammontare dei crediti e dei legati (art. 803 (720)).

LXX. — Vediamo adesso a quali regole sia soggetto il pagamento dei crediti e dei legati per l'erede beneficiato.

Primieramente, i creditori privilegiati o ipotecari saran preferiti a tutti gli altri sul prezzo dei beni soggetti al privilegio o all' ipoteca; la qual preferenza non toglierebbe che non essendo intieramente pagati, possano poi concorrere sulle rimanenti entrate pel resto dei loro crediti insieme coi semplici creditori chirografari.

Ma in che modo saran pagati i creditori chirografari e i legatari? Bisogna distinguere. — Se gli aventi dritto si son fatti conoscere dall'erede con un atto che contenga il divieto di pagare senza il loro intervento, lo erede non può pagare alcuno che con l'intervento del giudice, il quale decide con qual ordine e in qual modo debbano farsi i pagamenti. Il tribunale ordinerà che tutti i creditori siano interamente pagati innanti qualunque legatario; che i creditori non bastandole l' entrate per pagare tutti i crediti, saran pagati in proporzione; e dopo ciò si seguirà la stessa regola fra i legatari. — Se per lo incontro l' erede non ha ricevuto opposizione, la legge l'autorizza a pagare interamente i reclamanti a mano a mano che si presentino senza distinzione di legatari e creditori (art. 808 e 809 (727, 728)).

Qual sarebbe in fine la condizione degli interessati che tardivamente si presentassero? Fa mestieri distinguere da prima fra i creditori e i legatari; poi per ciascuna classe distinguere ancora se l'avente dritto avesse o pur no fatto opposizione.

1° Se un creditore che non ha notificato opposizione, si presenti prima di saldarsi il conto e pagarsi il residuo, egli conserverà la sua azione contro i legatari, i quali devono conferire tutto ciò che han ricevuto, ed altresì contro gli altri creditori, fra i quali deve farsi una novella ripartizione. — Se il creditore non opponente tarda a presentarsi sin dopo l'ul-

timo termine, è decaduto per legge da qualunque azione contro i creditori pagati, quantunque essi abbiano ricevuto più di quello che avrebbero dovuto ricevere; è una pena imposta all' estrema negligenza dei tardivi opponenti. Ma questo creditore conserva sempre la sua azione contro i legatarî pagati, mentre essi intendono fare un guadagno, ed egli vuole schivare una perdita. Questa azione contro i legatarî può esercitarsi per tre anni dal giorno del pagamento del residuo (articolo 808, 809 (727, 728)).

2° Se fattasi dal creditore opposizione l'erede avesse nondimeno pagato senza tenerne conto, quegli potrà rivolgersi contro i legatarî, i creditori, ed anche contro l'erede medesimo, se i creditori o i legatarî fossero divenuti insolvibili. — Rispettata la divisione, chiamato il creditore al pagamento, e i pagamenti ordinati dalla giustizia, allora il creditore che non avrebbe dato corso alla sua *opposizione*, sarebbe considerato come se vi avesse rinunziato, ed andrebbe nel grado dei creditori non opponenti, e gli si applicherebbe ciò che per essi è stato detto *(ibid.)*.

3° Il legatario non opponente che si presenterebbe innanzi che fosse pagato il residuo, conserverebbe la sua azione, non contro i creditori (i quali devono essere pagati prima di lui), ma contro gli altri legatarî. — Presentandosi dopo tal termine, sarebbe decaduto da qualunque azione, siccome di sopra dicemmo per il creditore *(ibid.)*.

LXXI. — Se pria di venire il tempo dei *pagamenti*, i creditori e legatarî non confidano abbastanza nello erede amministratore, essi possono chiedere che costui desse loro cauzione per tutte le somme che son presso di lui, e per il valore degli effetti mobili ereditarî; in mancanza di cauzione o di sufficiente garenzia, come la ipoteca, potrebbero chiedere la vendita dei mobili e il deposito del prezzo ritrattone, come pure delle altre somme della eredità. L'obbligo di dar cauzione o del deposito sarebbe imposto all'erede, reclamando un solo creditore o un legatario (art. 807 (726)).

Dal suo canto l'erede può liberarsi del peso dell'amministrazione, e rilasciare i beni ai creditori e legatarî affinchè essi medesimi badino alla liquidazione della eredità (art. 802 (719)).

Gli è evidente del resto non essere assoluto questo rilascio dei beni, ma puramente relativo ai creditori e legatarî, e da farsi dentro ai limiti di ciò che chiederà il pagamento dei crediti e dei legati. Dunque pagati i crediti e i legati l'eccesso delle entrate, se ve ne ha, continua ad appartenere all'erede. — E difatti i beni che costituiscono lo eccesso, non possono appartenere nè ai creditori nè ai legatarî (ai quali evidentemente non si è inteso far donazione), nè agli altri eredi sotto il pretesto che l' abbandono sia una tacita rinunzia, dacchè questa dev' essere espressa, e d' altra parte non può farsi da chi abbia prima accettato. Essi non potrebbero dunque esser domandati con apparenza di ragione, che dallo Stato, come beni abbandonati e senza padroni; ma, ripetiamolo, facendosi l'abbandono solo pei creditori e i legatarî, e nel limite del loro interesse, non vi è più abbandono, essendo senza interesse gli aventi-dritto *(ibid.)*.

TITOLO II.

Delle donazioni tra vivi e dei testamenti.

(Decretato il dì 3 maggio 1803. — Promulgato il 13).

435. — Questo titolo costa di nove capitoli:

Il primo dei quali stanzia alcune regole generali e preliminari;

Il secondo determina la capacità di disporre e ricevere per donazione, o per testamento;

Il terzo stabilisce la quota dei beni disponibili a titolo gratuito, e tratta della riduzione delle liberalità eccedenti questa quota;

Il quarto, speciale per le donazioni, ne regola la forma e gli effetti;

Il quinto, scritto unicamente pei testamenti, ne regola la forma nei casi ordinarî, e in quelli eccezionali; ne determina i varî effetti, e indica le cause che possano renderli inefficaci;

Il sesto, comune alle donazioni e ai testamenti, come i primi tre, fa una importante eccezione al divieto di sostituire levato a principio fra le regole generali.

Il settimo, parimente comune ai due modi di disposizione, tratta delle donazioni e dei testamenti, pei quali un ascendente fa la divisione fra i suoi discendenti;

L'ottavo pone alcune norme speciali per le donazioni fatte ai coniugi nel loro contratto di matrimonio;

Il nono da ultimo si occupa delle donazioni fra i coniugi, le quali vanno pure soggette a particolari regole.

435 *bis*. Questo andamento è poco regolare: sarebbe stato più logico dividere la materia in quattro capitoli:

Il primo avrebbe dato tutte le regole preliminari comuni alle donazioni e ai testamenti, ed abbracciato in tal modo il capitolo 1° 2° e 3°;

Il secondo, speciale per le donazioni, avrebbe trattato in tre sezioni; 1° delle donazioni ordinarie; 2° delle donazioni fatte ai coniugi per contratto di matrimonio; 3° delle donazioni fra coniugi; avrebbe in tal modo abbracciato la materia dei capitoli 4°, 8° e 9°;

Il terzo si sarebbe occupato delle *disposizioni per testamento*;

Il quarto ed ultimo avrebbe riunito le regole (non preliminari), comuni alle donazioni e ai testamenti; cioè avrebbe presentato in due sezioni, 1° le liberalità contenenti una sostituzione, e che sono argomento del capitolo 6°; e 2° quelle che contengono una divisione di ascendente, argomento del capitolo 7°.

Del resto, seguiremo qui, come sempre, l'ordine adottato dai compilatori del Codice, salvo a prendere quello da noi indicato nel piccolo trattato che segue il comentario di ciascun titolo.

CAPITOLO PRIMO

DISPOSIZIONI GENERALI

893 (613). — Nessuno potrà disporre dei suoi beni, a titolo gratuito, se non per donazione tra vivi o per testamento nelle forme stabilite in appresso.

SOMMARIO

I. Sistema delle disposizioni gratuite in Roma. II. Questo sistema non esiste più in Francia.

Non vi sono più nè donazioni a causa di morte, nè istituzione di erede, nè fedecommesso.—Conseguenze.—Quanto alle forme, resta solo il testamento che è il codicillo romano.
III. Rimando all'art. 931 (855) per una importante osservazione.

I. — 436. In Roma i modi di disposizione gratuita erano molti, fra i quali si distinguevano: 1° la donazione fra vivi; 2° la donazione a causa di morte, poi per atto di ultima volontà; 3° la istituzione (diretta) di erede; 4° i legati (anche diretti); 5° la istituzione fidecommissaria; e 6° il legato fidecommissario. Questi due ultimi portavano il nome generico di fedecommessi, e per conseguenza questo modo dividevasi in fedecommesso di eredità, e fedecommesso particolare.

1° La donazione fra vivi o donazione perfetta era quella che attribuiva i beni irrevocabilmente, e di un modo puro e semplice; — 2° La donazione a causa di morte o donazione imperfetta (e che sarebbesi molto meglio chiamata donazione *sotto condizione di morte*), si faceva sotto la condizione risolutiva della morte del donante, avvenuta in un caso specialmente preveduto (1); 3° La istituzione di erede (che si divideva in principale e secondaria, conservando la prima il nome di *istituzione*, e prendendo l'altro quello di *sostituzione*), era la indicazione fatta per testamento di quello o quelli che si volevano dopo la morte per rappresentanti universali; — 4° Il legato era una liberalità particolare del defunto a carico del suo erede; — 5° e 6° Il fidecommesso (il quale nella sua origine fu una semplice preghiera *fidei-commissum*, e divenne obbligatorio sotto Augusto) era la disposizione con la quale il defunto aveva attribuito ad alcuno, col carico di risegnarla ad altri, o la totalità, o una quota della sua eredità, o una particolare liberalità.

Le disposizioni di ultima volontà facevansi ora per testamento, ora per codicillo, ora anche con qualunque manifestazione di volontà abbastanza chiarita. — 1° Il testamento era un atto, che poteva contenere qualunque disposizione di ultima volontà, ma conteneva necessariamente ed essenzialmente una istituzione diretta di erede, e compivasi secondo le forme solenni e rigorose: 2° Il codicillo, permesso sotto Augusto e libero di queste forme, doveva solamente scriversi al cospetto di cinque testimonî; poteva contenere qualunque disposizione tranne la diretta istituzione; 3° Infine quanto al fedecommesso, bastava qualunque scritto p. e. una lettera missiva, o anche una volontà manifestata o verbalmente o con semplici segni, ma alla presenza di testimonî.

II. — 437. Tutte queste regole eterogenee e disparate, ammesse un tempo nei nostri paesi di dritto scritto, ma rigettate dalle nostre consuetudini nazionali, sono state del tutto cancellate dal Codice, che ha sostituito un sistema semplicissimo.

In Francia vi sono adesso due modi di disposizione gratuita; un solo che si compie *voluntate viventium*, la donazione fra vivi; un solo *voluntate morientium*, il legato. Vi sono egualmente due forme per provarle: la donazione si fa con un atto che porta il suo stesso nome; il legato unicamente col testamento. Ciò risulta chiaramente dal nostro articolo 893 (813) e dall'art. 1002 (928), da che il primo dichiara di non potersi disporre gratuitamente che per donazione tra vivi, o per testamento; il secondo vien dopo a dire,

(1) Le donazioni chiamate in Roma *mortis causa* (e che sarebbe stato meglio chiamare *sub mortis conditione*) si facevano in generale con la condizione di una morte; condizione sospensiva o risolutiva; della morte del donante o di altra qualunque persona; in fine della morte avvenuta in tal caso speciale o in un modo o tempo qualunque. Ma la donazione a causa di morte ordinaria, che si faceva comunemente, e di cui trattano spesso i giureconsulti romani, era quella che precedeva la morte del donante avvenuta in tale *speciale* circostanza per condizione *risolutiva*. Tale era quella di Telemaco a Pireo: Io ti do da oggi questi oggetti; ma se schivo il pericolo, che mi sovrasta tu me li riporterai (*Instit.*, lib. 2, tit. 7, § 1).

che qualunque disposizione testamentaria, quali ne sieno i termini, e sia qualificata d' istituzione di erede, o altrimenti produrrà sempre gli effetti di un legato. Dunque non vi è più donazione a causa di morte, nè istituzione di erede, nè fedecommesso (in quanto sia distinto dai legati); e quanto alle forme, non più codicillo, nè disposizione validamente provata con qualunque scrittura, ed ancor meno con dichiarazione verbale o con segni.

Non vi sono più che — 1° donazioni fra vivi che si compiono con l'atto solenne, di cui ci sarà detta la forma più innanzi (art. 931 ed altri (855), e *legati* risultanti dal testamento le di cui forme ci saranno egualmente indicate (art. 967-1001 (892-927)).

E dapprima non vi sono più donazioni a causa di morte. Gli è vero che tutte le donazioni non sono ridotte a regole identiche, nè hanno tutte i medesimi caratteri; e che ve ne ha due specie (quelle dei beni futuri, e quelle fra coniugi) che differenziano molto dalla donazione fra vivi ordinaria, e si avvicinano assai all'antica donazione a causa di morte. Ma esse nel sistema del Codice non sono meno donazioni fra vivi, nelle quali i casi non previsti da regole speciali devono decidersi colle norme generali della donazione fra vivi ordinaria, e non secondo l'antica legislazione delle donazioni a causa di morte che più non esiste. La opinione contraria di Merlin (*Rep.*, *Donazione*, sezione X) e di Toullier (V,' 11) è con ragione rigettata da Grenier (*Donazione*, n. 1); Duranton (VIII, 6); Dalloz (*Disposizioni fra vivi e testamenti*) e Coin-Delisle (articolo 893 (813), n. 3, a 7).

Non vi è più istituzione di erede; la volontà dell'uomo fa soltanto semplici legatari, e non vi sono più altri eredi che i successori *ab intestato* per la diretta chiamata della legge, e secondo le regole spiegate nel titolo delle *successioni*. Gli è vero che un legatario può esser chiamato non che a cose particolari, ma anche alla intera universalità del patrimonio, come lo era in Roma e nei nostri paesi di dritto scritto l'erede istituito; ma in questo caso medesimo egli è sempre un legatario, un semplice successore ai beni, giammai un rappresentante la persona; di che deriva questa importante conseguenza che giammai il successore chiamato per testamento non può essere tenuto ai debiti *ultra vires bonorum*. — Questa verità che risulta dall'articolo 1002 (928), cioè che il testamento non fa che legatari e giammai eredi, si manifesta chiaramente, paragonando l'andamento seguito dall'*Istituta di Giustiniano* con quello del Codice. Giunto alle maniere di acquistare per universalità (L. 2, tit. 9, *in fine*) Giustiniano ci dice: *Ac prius de haereditatibus dispiciamus*; *quarum duplex conditio est*; *nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est ut de his dispiciamus quae ex testamento obveniunt.* In conseguenza egli tratta dapprima *de testamentis ordinandis* (titolo 10) *de haeredibus instituendis* (titolo 14); ed esaurita la materia dei testamenti, egli parla *de haereditatibus quae ab intestato deferuntur* (titolo 1, leg. 3). Così non solo gli istituiti sono là veri eredi, ma sono anche quelli più favorevoli, e di cui parla in primo luogo. — Da noi, al contrario, la materia degli eredi non è *duplicis condictionis*; presentando la sola classe degli eredi legittimi, *ab intestato*, di cui unicamente tratta il titolo delle *successioni*. Quanto ai successori chiamati da un testamento, essi sono collocati nel titolo delle donazioni, e posti parallellamente con quelli a cui si fanno le donazioni fra vivi. Così, 1° unica classe di eredi chiamati dalla legge; di poi 2° semplici donatarî o per atti fra vivi, o per testamento: la è questa la teoria del Codice, che per altro era quella del nostro dritto consuetudinario.

Non vi è più fedecommesso in questo senso, che qualunque disposizione che con questo titolo avrebbe potuto valere nella legislazione romana, non varrà da noi che in quanto costituisse veramente un legato, riunendo i caratteri e le forme richieste

per tal genere di disposizione. Del resto evvi una specie di fedecommesso proibita espressamente dal Codice col nome di sostituzioni (art. 896 (941)).

Quanto alle forme in fine, non vi ha più nè codicillo nè disposizione per qualunque scritto o per dichiarazione verbale o per segni; non vi è che il testamento (e fra i vivi, l'atto di donazione).

438. Quando diciamo non esservi altro atto di ultima volontà tranne il testamento, e che la presente legislazione non conosce codicilli, ciò è vero quanto alle *parole*, e per i termini adottati dal Codice; in sostanza, al contrario, il nostro presente testamento è propriamente il codicillo dei Romani, cotalchè sotto questo aspetto noi abbiamo codicilli e non già testamenti. Difatti, il testamento romano era un atto solenne che conteneva di necessità una istituzione di erede; il codicillo, per lo incontro, un atto insolenne che non poteva contenere alcuna istituzione. Ora il nostro testamento francese non può mai contenere istituzione (non essendovene più nel nostro dritto), nè richiede alcuna forma solenne; esso è dunque il codicillo dei Romani, ma infine dovendo noi adottare il linguaggio del Codice, diremo di avere testamenti, dimenticandoci che essi sono i codicilli di Roma.

III.—**439.** Del resto, questa proposizione del nostro articolo, di non potersi gratuitamente disporre fra vivi, che per donazione, e nella forma che sarà più innanti indicata nel nostro titolo, è vera come regola generale. Essa non deve intendersi assolutamente; anzi al contrario con qualche osservazione e restrizione che presenteremo sotto l'art. 931 (855).

894 (814).—La donazione tra vivi è un atto, col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta.

SOMMARIO

I. Definizione della donazione.—È un atto gratuito: perchè questo articolo non lo dice. È un contratto.
II. Essa deve accettarsi espressamente. —Essa deve operare uno spossessamento gratuito, e inoltre presente e irrevocabile: senso di questa regola. Errore di Toullier.
III. Qui si tratta della donazione fra vivi ordinaria.
IV. Principali classificazioni della donazione.

I.—**440.** Questo articolo ci dà la definizione della donazione fra vivi ordinaria. È dessa un atto gratuito; l'articolo perchè ciò non dice è stato censurato da molti scrittori, ma è mal fondata la censura. Imperocchè questo articolo, come il seguente, si combina col precedente che indica questo carattere di gratuito. L'art. 893 (813) ci dice esservi due modi di disposizione *a titolo gratuito* l'art. 894 (814) presenta l'uno di essi, e l'art. 895 (815) indica l'altro; gli è ben chiaro che in questi due ultimi non occorreva ripetere che si trattava di gratuite disposizioni.

Un rimprovero può farsi con maggior ragione ai compilatori, ed è di aver qualificato la donazione con la vaga e indefinita espressione di atto, che lascia in dubbio se costituisca o pur no un *contratto*. Questo punto è importante, perchè, essendo un contratto la donazione, le quistioni intorno alle quali potrebbe tacere il nostro titolo, troveranno le loro regole nel titolo dei *contratti*. La donazione è dunque un contratto?

Il progetto del nostro articolo lo diceva (Fenet, t. XII, p. 261). Ma osservando il Primo Console, che « il contratto impone mutui carichi ai due contraenti, e quindi la espressione non può convenire alla donazione» *(ibid.)* la parola *atto* fu sostituita a quella di contratto nella diffinitiva compilazione (1).

(1) Era doppiamente inesatta la osservazione di

Nondimeno tal cambiamento non è qual si presenta al primo aspetto; perchè avendo la parola *atto* un senso largo e generico che abbraccia altresì il contratto, si comprende *a priori* che il Consiglio ha potuto ben consentire alla sostituzione, per evitare al Primo Console una contraddizione che sembrava poco utile. Questa è la verità secondo noi; perchè non ostante l'idea inesatta di Buonaparte, che la donazione non può comprendere mutui carichi, Bigot-Préameneu non ha detto meno al Corpo legislativo nella esposizione dei motivi, « che la donazione è un atto mercè il quale colui che l'accetta si obbliga ad adempirne la condizioni : » e che « ogni donazione si considera come una *reciproca obbligazione* » *(ibid.*. p. 544, 545).

Il contratto in generale è l'accordo di due volontà intorno allo stesso oggetto : *consensus duorum in idem placitum*; il quale accordo essendo evidente fra il donante e il donatario che accetta, la donazione è dunque un contratto. Senza dubbio, desso è un contratto di indole speciale ed ha sue proprie regole. Come dubitarne in faccia all'art. 1105 (1059) dichiarante che « il *contratto* di beneficenza è quello in cui una delle parti procura all'altra un *vantaggio* meramente gratuito? (1).

II.—441. La donazione adunque è un contratto col quale alcuno si spoglia gratuitamente, attualmente ed irrevocabilmente.

1° Essa è un contratto e vuole non solo il concorso di due volontà, come qualunque altro contratto, ma pure che l'accettazione del donatario debba necessariamente farsi in termini espressi, non potendo mai risultare o dal solo concorso del donatario all'atto, o da tutte altre circostanze per quanto sieno significative (art. 932 (856)).

442. 2° Il donante deve spogliarsi *gratuitamente:* essendo la liberalità l'essenza stessa della donazione, non vi sarebbe donazione, se il preteso donante *pagava* un debito, anche puramente naturale. Difatti, sebbene il debito naturale non produca azione per costringere legalmente al pagamento, esso non è disconosciuto dalla legge, dacchè l'art. 1235 (1188) dopo aver detto, che « ciò che fu pagato senza esser dovuto, è soggetto a ripetizione », aggiunge che « la ripetizione non si ammette riguardo alle obbligazioni naturali ».

Ma la donazione non perderebbe il suo carattere di atto gratuito, se imponesse alcuni pesi al donatario (purchè non fossero l'equivalente della cosa donata) ; sarebbe allora una donazione onerosa in parte, ma resterebbe donazione, quando, fatto ogni compenso, presentasse sempre una liberalità. Nè importa in vantaggio di chi fossero imposti i pesi; quindi non bisognerebbe dire con Toullier (V-185), che l'atto sarà sempre una donazione, se i pesi dovessero vantaggiare a terze persone, essendo sempre liberalità dirette a costoro; ma sarebbe un contratto ordinario a titolo oneroso, se i pesi dovessero vantaggiare al donante, divenendo allora per lui il prezzo della cosa donata. Questa idea è evidentemente inesatta, perchè il donante sarebbe pagato di quello che dà in quanto i pesi equivalessero alla cosa donata, e si suppone propriamente che sia così: dal momento che il disponente non è nè vuol essere pagato, il suo atto è dunque una liberalità, una donazione.

È questo pure il pensiero della legge che nell'art. 945 (869) parla di donazioni fatte con la condizione di pagare i debiti e pesi del donante (2).

L'atto resta egualmente una donazione se mira a ricompensare servigi resi; è una donazione *remuneratoria* (vedi articolo 909 (825)). Sarebbe altrimenti se i servigi valutabili in danaro pareggiassero in tutto o presso a poco il valore della cosa donata: essendo allora un pagamento e non una donazione.

Buonaparte: da una parte, non vi è necessità di mutue obbligazioni per esservi un contratto, essendovi contratti unilaterali (art. 1103 (1057)). D'altra parte la donazione stessa presenta alle volte obblighi per le due parti, siccome vedremo.

(1) Delvincourt, Grenier (n. 76 e seguenti); Duranton (VIII-13); Dalloz (cap. 4, sez. 1); Coin-Delisle (n.° 7).

(2) Angers, 17 dicembre 1824; rig., 24 nov. 1825; rig., 4 giugno 1834 (Dev., 34, 1, 312).

443. Non essendo l'atto una donazione, non possono certamente applicarsi le regole speciali imposte dalla legge: atto notarile, accettazione espressa, collazione, riduzione, ecc. Al contrario, essendo l'atto veramente una donazione, l'essere onerosa o remuneratoria non potrebbe sottrarla da tali regole, non ostante la contraria opinione di Toullier (V-186); se non che in caso di annullamento, di collazione o di riduzione, il donatario potrà farsi tener conto dei pesi da lui pagati, o dei servigi resi.

444. 3° Il donante deve spogliarsi *attualmente*, ma bisogna che tale regola si intenda con molta precauzione.

Il Codice non intende, come un tempo volevano alcune consuetudini, che il donante rilasci immediatamente il possesso della cosa donata per rivestirne il donatario; potendo ben donare una cosa, e riserbarsene il godimento durante vita (articolo 949 (873)). — Non occorre nemmeno che si trasferisca al donatario la proprietà *di una* cosa qualsiasi, potendo il donante prendere per oggetto della sua disposizione l'*usufrutto* soltanto della cosa, conservandone la proprietà ai suoi eredi; di fatti, lo spossessamento non può versare che sull'oggetto della donazione, che qui è unicamente l'usufrutto.

Di più la cosa donata, quale che essa sia, piena proprietà, dritto di usufrutto, ecc. non bisogna che si trasferisca immediatamente, nè la necessità dello spossessarsi toglie che si possa apporre un termine. Quindi io posso donarvi oggi la proprietà coll'usufrutto della mia casa, dichiarando che il dritto passerà su di voi da qui a due anni, perchè non essendo voi attualmente padrone della cosa, siete certo di esserlo in due anni, per voi o i vostri rappresentanti; il dritto da oggi certo non può esservi tolto. Io posso parimente farvi donazione di una somma di..... dichiarando che dovrà pagarsi in tal tempo determinato od anche alla mia morte, perchè anche qui il dritto è certo, essendone differita la sola esecuzione; bisognerà a buono o a male in cuore che tale esecuzione si effettui più tardi per voi, e i vostri successori, e da oggi voi siete debitamente creditore.

445. Senza dubbio anche la donazione potrebbe esser soggetta a una condizione sospensiva, purchè il compimento di tal condizione non dipendesse dal capriccio del donante. Per modo di esempio « Alla morte di vostro padre voi n'avrete la mia casa ; » è questa una valida disposizione ; perchè morendo vostro padre, voi sarete stato proprietario dal giorno stesso della donazione ; se al contrario egli non muore, la casa non vi sarà mai appartenuta, nè vi sarà stata donazione. Ma se io avessi detto: « Io vi dò 20,000 franchi sulla mia eredità, se i beni fossero maggiori dei debiti » la disposizione sarebbe nulla, perchè non opererebbe lo spossessamento, nè vi trasferirebbe dritto certo; imperocchè dipendendo dalla mia volontà di far quei debiti che meglio mi piacerà, varrebbe come se avessi detto : « alla mia morte avrete 20 mila franchi se mi piace che l' abbiate » per modo che io non mi sono affatto spossessato.

Non bisognerebbe confondere questo caso con quello in cui vi dessi una somma da conseguire alla mia morte, senza imporvi alcuna condizione. Gli è vero che in quest' ultimo caso la somma deve essere anche tolta sulla mia eredità, ed io posso far sempre tanti debiti, quanto essa ne divenga insolvibile. Evvi però questa differenza fra i due casi, cioè nel secondo voi avrete un credito certo, e non condizionale; alla morte del donante, e non ostante la insolvibilità della eredità, voi non ne sarete meno creditore, e concorrerete in proporzione con gli altri creditori; nel primo caso, esistendo il vostro credito quando la successione offrisse maggiori beni, che debiti, la insolvibilità della successione impedirebbe che sorgesse il credito.

E quando pure la condizione fosse solamente questa, « restando alcuna cosa nella mia successione » allora il vostro credito condizionale si perderà, non restando alcuna cosa, e di conseguenza

il solo avvenimento che possa farlo perdere, sembra che debba egualmente rendere inutile la donazione non condizionale da conseguirsi sulla successione. Ma nondimeno il caso è sempre molto diverso; perchè contenendo la donazione un termine e non una condizione, l'esser la successione ridotta a nulla non toglie che il vostro credito sussista, di guisacchè se la successione fosse accettata puramente, l'erede sarebbe vostro debitore, il che non avverrebbe nell' altro caso. Quindi la donazione non condizionale conferisce sempre un dritto certo, dando un credito che può *in fatto*, non esser pagato , ma che *in dritto* esiste sempre; al contrario, la donazione condizionale lascia il donante libero d'impedire che sorga anche il dritto.

446. 4° Infine lo spossessamento deve essere *irrevocabile*, cioè sarebbe nulla la donazione, se il donante si fosse riserbato un mezzo qualunque di riprendere la cosa donata , rendere inefficace la donazione. Quindi, sebbene si possa donare con una condizione risolutiva, sarebbe nulla la donazione, se il compiersi di essa condizione dipendesse unicamente dalla volontà del donante; per modo di esempio, « io vi dò la mia casa, risolvendosi la donazione se imprendo tal viaggio » (vedi art.944 (868)). Così ancora sebbene possa imporre al mio donatario questo o quel peso e specialmente quello di pagare i miei debiti; pure sarebbe nulla la donazione « fatta col carico di pagar voi tutti i debiti, che io avrò dentro due anni »; potendo io contrarre da oggi sino a quel tempo, mettendoli a vostro carico, tanti debiti, e più considerevoli del valore della cosa donata onde si annullerebbe il beneficio della donazione (ved. art. 945 (869)) ; così si darebbe con una mano, riserbandosi il mezzo di riprendere con l'altra; non vi sarebbe dunque spossessamento irrevocabile.

447. Questa doppia necessità dello spossessamento attuale ed irrevocabile è riprodotta dalla massima delle nostre consuetudini *donner et retenir ne vaut*. Ma dove questa massima un tempo intendevasi variamente da uno ad altro luogo, ed in alcuni con tal rigore che il donante avrebbe annullato la sua disposizione, riserbandosi il semplice possesso della cosa donata, significa oggi semplicemente, che la donazione deve conferire un dritto da oggi acquistato, trasmessibile , e non dipendente affatto dal capriccio del donante. Vedremo più innanzi le conseguenze di tal regola nei quattro articoli 943-946 (867-870).

III.—448. Del resto, non dimentichiamo che trattasi nel nostro articolo della donazione fra vivi ordinaria, propriamente detta, e non di quella dei beni futuri, nè di quella fra coniugi, per le quali saranno indicate regole speciali dai due ultimi capitoli del nostro titolo.

IV.—449. Il fin qui detto per spiegazione dello articolo basta a far comprendere, che le donazioni fra vivi ordinarie o no, possono dividersi in varie classi. Quindi la donazione può essere *onerosa*, *rimuneratoria*, *od assoluta*; sotto altro aspetto è *pura e semplice*, *a termine o condizionale*. Quanto all' estensione del suo obbietto, dessa è *universale*, *a titolo universale*, *o particolare*, secondo le distinzioni indicate dagli articoli 1003 e 1010 (929, 964) pei legati (V. art. 909 (825)).

Essendo universale o a titolo universale, induce l'obbligo al donatario di pagare in proporzione i debiti del defunto (ved. articolo 612 (537), n. 1 e 3).

893 (815). — Il testamento è un atto col quale il testatore dispone, per il tempo in cui avrà cessato di esistere, di tutti o di parte de' suoi beni, e che ha facoltà di rivocarlo.

SOMMARIO

I. Definizione del testamento. — Risposta alla censura che le si è fatta.

II. Svolgimento delle diverse parti dello articolo.

III. Confutazione di un errore dell'autore, e di una dottrina di Ortolan.

I.—450. Questo articolo ci dà la definizione del testamento, come il precedente, quella della donazione fra vivi.

L'articolo precedente è censurato perchè non indica per la donazione il carattere di gratuito; quanto sia poco fondata la censura, lo abbiamo dimostrato. Il presente si taccia di trascurare una delle condizioni essenziali dei testamenti, la osservanza delle formalità richieste; tal censura non è meglio fondata della prima.

Notiamo da prima, che se le due censure fossero giuste, bisognerebbe andare più in là degli scrittori di cui parliamo, e farle tutte e due a ciascuno dei due articoli: perchè l'art. 894 (814) non parla di forme come il nostro, sebbene la donazione abbia anche le sue forme speciali; e viceversa, il nostro art. 895 (815) non parla del carattere di gratuito, come il precedente, sebbene il testamento sia un atto gratuito, come la donazione. Ma tutto ciò sarebbe risibile, dacchè l'art. 893 (813) di cui gli altri due sono accessori, ha incominciato dal dichiarare, che la donazione e i testamenti sono le due sole maniere di disporre *a titolo* GRATUITO, e che non potevano farsi che *nelle forme stabilite appresso*. Difatti, queste forme saranno sviluppate più innanzi negli articoli 931 (855) e seguenti per le donazioni; e negli articoli 967 (892) e seg. pei testamenti.

II.—451. Il testamento è un *atto*, dice la legge. E qui non abbiamo a sostituire una parola con altra, come nel precedente articolo, perchè il testamento, a differenza della donazione, non è un contratto, facendosi con la sola volontà del testatore.

È un atto col quale il *testatore dispone*, non potendo più farsi disporre da un terzo cui si conferisca il dritto di scegliere i nostri successori.—Dispone dei *suoi beni*, perchè non si può mai, scrivendo il proprio testamento, disporre dei beni altrui, come si faceva in Roma nelle sostituzioni pupillari e quasi pupillari. Da un'altra mano non vi è testamento quando non si fa disposizione riguardante i beni. Quindi l'atto con cui un padre ordinerebbe che il figlio si ammogliasse prima di quel tempo, abbracciasse quella professione, non sarebbe un testamento, nè sarebbe obbligatorio agli occhi della legge.—Dispone di *tutti o parte*; perchè oggi che il testamento non può contenere che legati e non può mai fare eredi, non vi è, come in Roma, necessità di testare pel patrimonio intero, e la regola *nemo pro parte haeres*, sebbene sempre vera, non toglie che si faccia un parziale testamento.—È un atto in fine che il testatore *può revocare* a suo libito, il che costituisce un carattere diverso fra il testamento, e la donazione fra vivi ordinaria.

452. Per testamento l'uomo dispone, *per quel tempo in cui più non sarà*. Giova approfondire questa verità, non potendo a primo aspetto valutarsene tutta la importanza. Per non aver ben misurato la estensione e le conseguenze di tal regola, avevamo nella nostra prima edizione scritto, intorno alla non retroattività delle leggi, un grave errore (notato quasi immediatamente negli *Errata* del volume); ed Ortolan ha commesso non meno grave errore, trattando delle cause di nullità dei testamenti romani.

Un testatore dispone per quel tempo che più non sarà; egli non dispone per oggi stesso, ma per il momento della sua morte. E non solo non dispone per oggi, a voler bene guardare le cose, ma non dispone oggi; egli non fa al presente una disposizione, una alienazione, ma soltanto un progetto che deve effettuarsi alla sua morte, e per la sua morte.

Quando alcuno scrive il suo testamento, manifesta la sua volontà (anticipatamente, per tema che non possa raccogliere le sue idee, nè regolarmente manifestarle nel punto di morire), intorno al modo, onde vuole assegnare i suoi beni, al tempo che la morte glieli toglierà; riputandosi durare tal volontà, finchè non sia revocata, essa è o si reputa esser quella del morente, e quindi vengono dati i beni a chi spettano.

Ma dacchè il testatore in qualunque tempo abbia scritto la sua volontà, non dispone realmente, che al punto della sua morte, ne conseguita 1° che la sua *disposizione*

versa non propriamente su' beni che egli possedeva quando ebbe testato, ma su quelli che possiede morendo; e quelli che già possedeva vi sono anche compresi, perchè posseduti, non già al tempo della formazione dell'atto, ma bensì al tempo della morte. Ne deriva 2° che di qual parte di beni si possa disporre per testamento, deve decidersi unicamente alla morte, e secondo la legge in vigore a quel tempo.

III.—453. Non avendo ciò meditato, eravamo incorsi in errore (nell'art. 2 (2), numero VI, tom. 1, p. 56 e 57 p. edizione). Per determinare la porzione dei beni di cui il testatore abbia potuto disporre per testamento, bisogna, dicevamo, applicare insieme la legge del tempo della formazione e quella del tempo della morte onde restringere l'effetto dell'atto alla minore delle due quote. Quindi se un padre testando sotto l'impero di una legge che gli consente di dare la metà dei suoi beni, lega *tutto ciò che avrà disponibile al tempo di sua morte,* e muore dipoi quando una legge novella gli permette di disporre di tre quarti, la disposizione non si ridurrà meno alla metà dei beni. Difatti, legando il disponibile al tempo di sua morte, egli ha legato tre quarti; ma la legge sotto la quale egli ha scritto il suo testamento, non gli consentiva che di legare una metà « *egli dunque per l'ultimo quarto ha disposto senza capacità* ».

In queste ultime parole è il vizio del ragionare. In vero, un testatore non dispone nel giorno in cui scrive il suo testamento ma in *quello in cui muore*, e nella specie riferita, la legge del tempo della morte gli permette di legare tre quarti; dunque egli è stato capace di disporre per questi tre quarti. Non avevamo colto con molta energia questa idea capitale, che nel testamento la disposizione si fa al punto che si muore. Riguardammo il testamento come una disposizione che *incomincia* già dalla formazione dell'atto, continua ogni giorno con la persistenza del testatore nella sua prima volontà, e finisce alla morte; mentre la *intera* disposizione sta nel momento della morte; nel quale unicamente fa uopo considerare la volontà che un savio accorgimento ha fatto manifestare anticipatamente. Questa prima idea inesatta, incompleta, non ci faceva ben comprendere un progetto che riceveva estensione di poi, ed effettuavasi sotto una capacità maggiore della primitiva. E nondimeno questa posteriore estensione del progetto, il suo compimento sopra basi più larghe di quelle su cui dapprima erasi formato, non avrebbe dovuto sorprenderci quanto alla capacità del testatore, offrendosi sempre senza recarci maraviglia (ma forse ancora senza valutarne abbastanza la causa) quanto ai beni che son l'oggetto del testamento; un testamento scritto quando si possedeva una casa (o pur nulla) non sortisce forse il suo effetto per le quattro o cinque case che morendo lascia il testatore (fra le quali forse non si conta più quella che prima aveva)?

Adunque il testamento, finchè vive il testatore, non è altro che un progetto; e non *comincia* a divenir disposizione che al punto in cui si *perfeziona*, cioè alla morte di lui. Unicamente quindi deve riguardarsi se al momento della morte il testatore era capace di disporre, a fin di determinare la quota disponibile, come la disposizione deve applicarsi unicamente ai beni posseduti in quel tempo. Quanto alla legge del giorno della formazione, essa deve esaminarsi per la capacità generale di far *testamento*, e per le forme da seguire nella formazione.

454. Del pari, non avendo abbastanza approfondito l'indole dell'atto testamentario, Ortolan ha commesso (solo implicitamente, egli è vero) un errore anche più grave del nostro, il quale consiste nel disconoscere la estensione del testamento riguardo a' beni sui quali esso dee avere effetto.

Onde sostenere che anche dopo il tempo che i *filii-familias* poterono testare dei loro beni *castrensia*, il testamento non era meno annullato per qualunque diminuzione di capo del testatore, il signor Ortolan pretende che la emancipazione di lui lasciasse valido il testamento non per ap-

plicazione dei principî, ma per un privilegio militare; e a giustificare la sua idea egli dice: « *come questo testamento* (che dopo la emancipazione si applicava a tutti i beni, di cui l'emancipato potesse divenir proprietario) *come questo testamento che era fatto per il solo peculio castrense; riceveva poi questa universale estensione, questa trasformazione se non se per effetto del privilegio?* (pag. 392 nota) » Il signor Ortolan non avrebbe fatto tale argomento, se si fosse ricordato che un testatore dispone realmente al tempo della sua morte, e la sua disposizione abbraccia sempre e per l'indole sua stessa tutti i beni che egli lascia morendo.

896 (941 M). — Le sostituzioni sono vietate.

Qualunque disposizione colla quale il donatario, l'erede instituito o il legatario sarà incaricato di conservare, e restituire ad una terza persona, sarà nulla, anche riguardo al donatario, all'erede instituito o al legatario.

(Nulladimeno i beni liberi formanti la dotazione di un titolo ereditario, che il capo dello Stato avrà creato in favore di un principe o di un capo di famiglia, potranno trasmettersi ereditariamente, nel modo che è regolato coll'atto del 30 marzo 1806, e da quello del 14 agosto seguente).

N. Il terzo paragrafo dell'articolo è stato aggiunto il 3 settembre 1807. *

SOMMARIO

I. Nozione generale delle disposizioni proibite da questo articolo sotto il nome di sostituzioni.
II. Storia delle sostituzioni sotto l'antico dritto, il dritto medio, e dopo il Codice civile.
III. Natura e definizione della sostituzione. — È il peso di conservare i beni donati sino alla morte per trasmetterli in quel tempo ad una o più persone determinate.
IV. Questo peso forma sostituzione, tanto se è imposto all'erede ab intestato, *quanto se lo è al donatario o legatario. Dissenso con Duranton e Dalloz.*
V. La inserzione di una sostituzione in una liberalità, la rende immediatamente nulla, non ostante il compimento della condizione da cui la sostituzione dipendeva.
VI. Ma una sostituzione non annulla la principale liberalità, dichiarando il disponente di sopprimerla se fosse una sostituzione.
VII. Bisogna che la sostituzione si manifesti chiara nell'atto di disposizione.
VIII. La sostituzione importa soltanto nullità della intera disposizione principale.

I.—455. Le disposizioni proibite da questo articolo sotto il nome di *sostituzione* non sono quelle così chiamate in Roma.

I Romani, come sappiamo, conoscevano tre specie di sostituzioni, o istituzioni secondarie (*sub-institutio*): 1° La sostituzione *vulgare* (detta così per essere molto comune) con la quale il testatore chiamava una persona alla sua eredità e l'altro istituito in primo luogo non la raccogliesse; 2° la sostituzione *pupillare* con la quale il testatore, istituito un erede per se stesso, istituivane uno pel figlio impubere sotto la sua immediata potestà, caso che costui, morto il testatore, fosse morto ancora impubere *pupillo*, e di conseguenza innanzi di aver potuto testare. — 3° Infine la sostituzione *quasi-pupillare*, o *esemplare*, ammessa per imitazione della precedente, con la quale il testatore dopo il suo testamento scriveva quello di qualunque discendente, impedito di testare da una malattia, da avere effetto nel caso che questi morisse innanzi che la ma-

* Siccome le nostri leggi civili trattano in altro luogo della materia delle sostituzioni e con metodo diverso, sebbene collo stesso scopo, ci riserbiamo di riportare altrove i corrispondenti articoli.

lattia fosse cessata (*Instit. Justin.*, lib. 2, titolo 15 e 16).

Il nostro articolo non intende parlare di siffatte sostituzioni. Da noi la sostituzione vulgare è permessa, come positivamente dichiara l'art. 898 (936 M). Quanto alle sostituzioni pupillari ed esemplari, esse son proibite, non dal nostro articolo, ma per il principio generale del nostro dritto francese che nissuno può fare mai il testamento di altri; non potendo un testatore disporre che *dei suoi beni* (art.895 (815)).

Il nostro articolo si occupa solo delle disposizioni che in Roma sarebbero state *fedecommessi*, e nel nostro dritto antico eran note col nome di *sostituzioni fidecommessarie*. Sappiamo in fatti, che il fedecommesso era un atto con cui alcuno riceveva una cosa col carico di rimetterla ad altri; or dal secondo paragrafo del nostro articolo ben si scorge che le disposizioni di cui qui trattasi, sono quelle appunto che imporrebbero al beneficiato il *carico di restituire ad un terzo*. Occorre intanto fare due importanti osservazioni: 1° mentre il fedecommesso dei Romani si faceva per atto di ultima volontà, la sostituzione fidecommissaria vietata dal nostro articolo potrebbe essere in una donazione fra vivi, come in un testamento, e vi sarebbe nullità in ambi i casi; 2° il fedecommesso romano era qualunque atto (di ultima volontà) che imponeva il carico di rendere dopo un termine più, o men lungo o immediatamente; la nostra sostituzione vietata, al contrario, è soltanto quella nella quale è il carico di *conservare* (fino alla morte) per restituirla *morendo*, sebbene il nostro articolo ciò non dica.

II.—456. Poche legislazioni hanno avuto tanti mutamenti, quanto quella delle nostre sostituzioni fidecommissarie, non essendovi materia che si leghi più intimamente alle forme del Governo, e che abbia più stretto rapporto coi sistemi politici. Una rapida scorsa sulla loro storia è indispensabile onde comprendere siffatta materia.

Una delle divisioni dei fedecommessi era quella che li divideva: 1° in fedecommessi semplici nei quali v'era una sola restituzione a fare, e dove figuravano tre persone, il testatore, l'instituito, e quello a cui questi dovea restituire (in altri termini il *disponente*, il *gravato* e il *chiamato*, o *sostituto*), e 2° in fedecommessi *graduali* nei quali vi erano più gradi di restituzione; colui a cui l'istituito rimetterebbe la cosa dovendo poi rimetterla ad un terzo che poteva a sua volta essere incaricato di rimetterla ad un quarto, e così via (per modo che vi erano più gravati e più sostituti, il primo sostituto gravato ad un tempo, e alle volte altri dopo lui). Comunemente si pensava che l'obbligo di restituire era valido all'infinito non ostante la disposizione del capitolo 2° della Novella 151, che sembrava contraria; ma che i più dei commentatori, massime Cujacio, avevano censurato di essere stata monca da Triboniano.

457. Nel nostro antico dritto i fedecommessi divennero frequentissimi (sotto il nome di sostituzioni) per istabilire un ordine di successione, diverso da quello della legge. Essi eran validi sino al decimo grado di sostituzione secondo alcuni autori, e per 100 anni, secondo altri.—Nel 1560 l'ordinanza di Orléans col suo articolo 59 non permise per l'avvenire che due gradi di sostituzione (sostituzione cioè non compresa la istituzione). Non essendosi tale ordinanza occupata delle sostituzioni precedentemente fatte, una nuova ordinanza, profferita a Moulins nel 1556, le restrinse a quattro gradi di sostituzioni. Infine alcuni parlamenti riguardarono a torto quest'ultima ordinanza, come abrogante la prima, il quale errore diè origine all'ordinanza del 1747 che dichiarò doversi seguire quella di Orléans (1). Tale stato di cose durava fino alla rivoluzione del 1789; ma nel 1792 la legge del 14 settembre vietò assolutamente le sostituzioni future, e quelle che non per anco eransi aperte.

Gl'inconvenienti che si erano sempre rim-

(1) Le diverse disposizioni dell'ordinanza delle sostituzioni si trovano nel Codice Tripier sotto le corrispondenti disposizioni degli articoli 1048 e seguenti.

proverati alle sostituzioni erano: —di stabilire un ordine di successione diverso da quello voluto dal legislatore: — di mettere una gran massa di beni fuori il commercio per l'obbligo imposto ai loro proprietarî di *conservarli* per restituirli alla morte, obbligo che durava per lunghi anni, ed alle volte anche in perpetuo (non ostante l'ordinanza di Orlèans, potendo il secondo sostituto creare a sua voltà due gradi di sostituzioni e così via); — di essere causa di svilimento dei beni, essendo questi posseduti da persone che non possono vantaggiarsi di un miglioramento vendendoli, nè trasmetterli morendo ai loro eredi di sangue, o a successori da loro scelti, e che d'altra parte sono naturalmente spinti a goderne con abuso in detrimento dei chiamati; — di ingannare i creditori dei proprietarî, i quali contano naturalmente sopra i beni posseduti dai loro debitori, e su cui al postutto essi non hanno azione; — *di cumulare* ingiustamente la maggior parte *del* patrimonio di una famiglia nella persona di un solo dei suoi membri la cui opulenza è di insulto alla altrui miseria; — infine di essere una sorgente feconda di discordie e di continui litigî, o da parte dei chiamati pel godimento abusivo di cui sopra parlammo, o da parte dei parenti a cui la sostituzione toglie i beni.

458. Il Codice civile riproduceva la proibizione generale della legge del 1791. Le sostituzioni sono proibite, dice il nostro primo paragrafo. Esso andò più in là, dichiarando nulla, nel secondo paragrafo oltre la sostituzione, la disposi*zione* principale su cui cade la sostitu*zione*. Quindi donandosi a Pietro un immobile con l' obbligo di conservarlo sino alla sua morte per restituirlo poi a Paolo, la legge del 1792 annullava il carico di conservare per restituire a Paolo cioè la sostituzione; il nostro articolo, al contrario, annulla ad un tempo il dono fatto a Pietro. Ma fermando questo principio di nullità della sostituzione, e della liberalità principale su cui versava, il Codice vi faceva eccezione negli articoli 897, 1048 e 1049 (942, 1003 e 1004); secondo i quali, un padre ed una madre possono donare ad uno dei loro figli (ed un fratello od una sorella senza figli, al loro fratello o alla loro sorella) con carico pel beneficiato di restituir la cosa donata a tutti i suoi figli.

Questa prima eccezione fatta dal Codice alla proibizione, che riproduceva ed elargava, fu seguita da un' altra (dopo cessata). Nel 1806 Buonaparte volendo ristabilire la nobiltà, creò col decreto del 30 marzo ed un senatoconsulto del 14 agosto, dei *maggioraschi*, cioè delle sostituzioni perpetue con ordine di primogenitura e di mascolinità. Al tempo della promulgazione del Codice civile col nome di Codice *Napoleone*, con la legge del 3 settembre 1807, si fece di quest'altra eccezione una disposizione di legge che divenne il 3° paragrafo del nostro articolo; e la organizzazione dei maggioraschi fu poi compiuta col decreto del 1° marzo 1808. I maggioraschi sono di due specie; gli uni si compongono dei beni dello Stato dati dal Sovrano con la condizione di ritornare allo Stato, estinguendosi la discendenza mascolina legittima del titolare; gli altri si costituiscono di beni privati.

459. Dopo la rivoluzione del 1830 e quella del 1848, due leggi, una del 12 maggio 1835, l'altra degli 11 maggio 1849, vietando per l'avvenire qualunque istituzione di maggiorasco, hanno inoltre affrettato, per quanto si poteva, la estinzione di quelli esistenti. Per quelli istituiti sopra beni che doveano allo Stato far ritorno, essendo troppo duro spogliare le famiglie in pro del pubblico erario, si sono lasciati soggetti alle loro vicende naturali di estinzione; nulla non è cangiato per essi (tranne che di nuovi non se ne possono più creare) e continueranno ad estinguersi in mancanza di discendenti legittimi. Ma i maggioraschi dei beni privati sono stati grandemente modificati, circa ai loro effetti, dalle due leggi del 1835 e 1849. La prima aveva lor tolto la loro perpetuità, e avevali ridotto a soli due gradi di trasmissione per l' avvenire. La seconda, andando più in là, abolì da una mano, immediatamente tutti quelli pei quali

due gradi di trasmissione hanno avuto luogo, in qualunque tempo siensi compite le trasmissioni, e quantunque anteriori tutte e due alla legge del 1835. D'altra mano, e per l'avvenire la trasmessibilità che, secondo la stessa idea, non esiste più che per due gradi, compresavi ogni trasmissione antecedente (per modo che i beni già trasmessi una volta e dal primo titolare non possano esserlo più che una volta), non è d'altronde accordata che in vantaggio del figlio già nato e concepito nel giorno della promulgazione della legge (art. 1 e 2 (1 M e 2)).

Abrogato il terzo paragrafo del nostro articolo, l'unica eccezione apportata alla proibizione dei paragrafi 1° e 2° è dunque quella degli articoli 897, 1048, 1049 (942, 1003, 1004)), non essendovene altra oggidì. Una legge del 17 maggio 1826 allargava siffatta eccezione ; ma la legge surriferita degli 11 maggio 1849 abroga anche quella del 1820 coi suoi articoli 8 e 9 ; siccome si vedrà nella spiegazione degli articoli 1048, 1049 (1003, 1004).

Veniamo ora allo sviluppo del nostro articolo.

III. — 460. Innanzi tutto esaminiamo accuratamente qual sia la natura della sostituzione, di questo carico di restituire, valido per eccezione, in favore dei figli o nipoti del donatario, e nullo in tutti gli altri casi.

La sostituzione è la clausola con la quale un donante o un testatore, impone a colui che gratifica, il carico di conservar la cosa donata sino alla sua morte per trasmetterla poi ad una o più persone, che il disponente gratifica in secondo ordine. — È necessario quindi, perchè vi sia sostituzione, che il beneficiato sia realmente obbligato dall'atto, 1° a *conservare* la cosa donata, e 2° a conservarla *fino alla sua morte*; 3° per *restituirla* ad una persona determinata.

1° E primieramente, è mestieri sia incaricato di conservar la cosa. Quindi il dono di una casa fatto a Pietro col carico di trasmettere 10,000 franchi a Paolo sulla sua eredità, non contiene una sostituzione; perchè il donatario che riceve la cosa non è tenuto a conservarla; essendo libero di alienarla, egli è solamente debitore di 10,000 franchi pagabili alla sua morte. Ricevendosi una cosa col peso di renderne un'altra, non vi è più obbligo di *conservare* la cosa ricevuta. Di che segue, che non può esservi sostituzione, quando la liberalità abbia per oggetto cose fungibili, di guisachè il donatario abbia la libera disposizione delle sue cose, essendo solo incaricato di restituirne altre della stessa natura, qualità e quantità ; in questo caso non c'è obbligo di conservare.

Per medesimezza di ragione, non vi è sostituzione nel senso del Codice, quando la liberalità è fatta col carico di restituire alla morte *quel che avanzerà* dei beni donati; essendo libero il donatario di fare che nulla resti, cotal chè in fondo egli non è realmente tenuto a conservare; ma può a suo libito vendere o donar tutto.

Questo fidecommesso *de eo quod superest o de residuo*, era una sostituzione nello antico dritto, perchè i principî romani allora seguiti, restringevano la facoltà di alienare data al gravato dal disponente, e quindi gl' imponevano l'obbligo di conservare dentro certi limiti; ma non essendosi nel Codice riprodotti tali principî, e rimanendo intera pel donatario o legatario la facoltà di disporre, non esiste dunque più il carico di conservare, e di conseguenza non vi è più sostituzione (1).

461. Quistione più delicata è, se vi sia sostituzione quando la disposizione, tuttochè contenga il carico di conservare, accordi ad un medesimo tempo la facoltà di alienare *in caso di bisogno*. Rolland de Villargues (n°. 367), Merlin (*loc. cit.*) e Dalloz (*Sost.*, sez. 1ª), insegnano che i *bisogni* dell'uomo dipendono unicamente dalla sua volontà

(1) Merlin (*Quistione*, *Sost. fid.*, § 13), Grenier (n°. 7); Toullier (V-38); R. de Villargues (n.° 268); Duranton (VIII-74), ec. Caen, 16 novembre 1830; Rouen, 28 gennaro 1831: Rig., 14 marzo 1832, 5 luglio 1832, 27 febbraro 1843 (Dev., 32, 1, 430, e 604; 43, 1, 440).

che può a suo piacere moltiplicarli o restringerli, e quindi la facoltà di alienare è abbandonata al capriccio del donatario; appare quindi non vi è vero carico di conservare, e perciò non sostituzione. Grenier, al contrario, in questa clausola *se il gravato ha bisogno* scorge una seria condizione dipendente da avvenimenti e circostanze che non può padroneggiare il gravato, e ne conchiude esservi sostituzione. A qual partito ci appiglieremo noi?

Diciamo dapprima, non essere questa una quistione di dritto, una discussione sul significato o la estensione dei principî della legge; ma un punto di fatto che i giudici valuteranno e decideranno come meglio stimano senza violare la legge. Quando una Corte di appello sovrana nella valutazione delle circostanze e la interpretazione degli atti, avrà deciso che la disposizione conteneva il permesso assoluto di alienare, e quindi non esservi sostituzione; o che la facoltà non esisteva, e vi era una sostituzione che le ha fatto annullare l'atto, la Corte suprema non potrà cassare la decisione per aver violato i principî del Codice. Ma in fine, questa valutazione dei fatti, questa quistione d'interpetrazione, che deve trarre una applicazione diversa del principio giuridico, come deve ella decidersi?

Noi non esitiamo ad abbracciare come *regola generale* l'idea di Grenier, prendendo come *eccezione* che risulti da speciali circostanze, quella di Rolland de Villargues. Difatti, Rolland vuole che queste parole *in caso di bisogno* del gravato significhino a capriccio del gravato; ma è evidente che esse dinotano cosa molto diversa, cioè *se vi è necessità per il gravato*. Un proprietario non si pone per capriccio nella necessità di alienare i suoi beni; e bisogna disconoscere il senso logico e naturale delle parole, o confessare che l'alienazione permessa *in caso di bisogno* non è lasciata al semplice capriccio del proprietario. Dunque la liberalità che conferisse al beneficiato il dritto di disporre della cosa per un caso accidentale in cui il bisogno lo richiedesse, è veramente un obbligo grave di conservare la cosa, ed è quindi gravata di sostituzione. Ma accettando come principio quest'idea, ci appiglieremo all'idea contraria ove le circostanze lo chiedessero. Quindi, se da tutta una disposizione, e dal ravvicinamento delle sue diverse frasi risulterà che il suo autore con le parole *in caso di bisogno* abbia inteso dire, *quando il mio donatario lo stimerà utile, vantaggioso*, rimanendo allora il donatario libero di disporre della cosa che solamente è *invitato* ma non *obbligato* a conservare, la liberalità che non contiene più sostituzione, resta valida.

462. La disposizione principale è dunque valida, quando il carico di restituire che contiene, deve esistere in quanto il donatario non avrebbe creduto opportuno di alienare, ed altresì quando questo carico versa soltanto su ciò che potrà rimanere alla morte, *de eo quod supererit*; non essendo obbligato in ambi i casi il donatario a conservare i beni. Ma è lo stesso del carico di restituire? Questa disposizione secondaria è parimente valida in prò della persona chiamata a raccogliere ciò che il primo donatario non avrà alienato sua vita durante?

Rolland (che dapprima era giunto a vedere una sostituzione in questo fedecommesso *de residuo*, *de eo quod supererit*, ma che ha poi abbandonato questa idea inesatta) sostiene di nò (n. 232), insegnando, come dopo lui anche Dalloz, che tale liberalità fatta ad un secondo beneficiato alla morte del primo sia nulla giusta i termini dell'art. 944 (868), dipendendo da una condizione potestativa, e non formando quindi alcun positivo legame. Ma questo ci sembra evidente errore.

Primieramente, la regola dell'art. 944 (868) non è fatta per qualunque specie di liberalità: sarebbe di nissun rilievo in un testamento, revocabile ad ogni istante a piacere del testatore.

L'argomento dei sig. Rolland e Dalloz non potrebbe dunque valere che per la donazione fra vivi; tant'è, essa non vale nè per questa nè per quello. In vero, una li-

beralità non potrebbe esser nulla, che in quanto la condizione fosse potestativa *per parte del disponente*: una obbligazione non è nulla secondo l' articolo 1174 (1127) che « quando è stata contratta sotto una » condizione potestativa *per parte di co-* » *lui che si è obbligato.* » E l' art. 944 (868) dichiara parimente nulla « la dona- » zione fatta sotto condizione la cui ese- » cuzione dipenda *dalla sola volontà del* » *donante*; » gli è manifesto che mancando il legame, la condizione deve dipendere dal potere e dalla volontà di colui che si lega. Ciò posto, a d'uopo osservare, che nella donazione fatta da Pietro a Paolo con carico dato a costui di restituire a Giacomo, non vi è che un solo donante, Pietro, che fa la sua liberalità a due successivi donatari, Paolo e Giacomo. La donazione di Pietro a Paolo è pura e semplice; quella fatta a Giacomo è, nella nostra specie, doppiamente condizionale: primo, perchè dee effettuarsi per la sopravvivenza di Giacomo al primo donatario; secondo, perchè dee avere effetto quando Paolo non avesse alienato i beni come ne ha dritto. Ora nissuna di queste due condizioni dipende per la sua esecuzione *dalla sola volontà del donante*, come vuole l'art. 944 (868); la seconda senza dubbio è potestativa per il primo donatario e non mai per il donante. La donazione dunque è perfettamente valida.

Vi sono due cose che sembrano non essere abbastanza distinte: 1° la *donazione* fatta dal disponente al secondo donatario; 2° l'*obbligo* imposto al primo di conservare la cosa per il secondo. L'obbligazione è soggetta ad una condizione potestativa per parte di colui che si è obbligato; e di conseguenza non forma un serio legame, una vera obbligazione, non esiste in dritto (e non essendovi obbligo di conservare, non c'è sostituzione); ma quanto alla donazione, essa non è soggetta ad una condizione che dipenda dalla volontà del *donante*, e perciò è valida, quindi il primo donatario non è obbligato a conservare; ma se ha voluto ciò fare, la cosa conservata è validamente donata al secondo.

463. 2. Non occorre, per esservi sostituzione, che il donatario (o legatario) sia obbligato a conservare o di restituire, bisogna che sia obbligato a conservare *sino alla sua morte*.

Quindi non esisterebbe la sostituzione nel carico imposto ad un donatario o legatario di conservare la cosa donata, o una di esse per restituirla a Paolo a capo di dieci anni, o alla sua maggiore età, o in un punto diverso dalla morte del gravato. Quest'idea è certa, sebbene non la indichi il nostro articolo: la natura delle nostre antiche sostituzioni fidecommissarie, le antiche ordinanze dettate per regolare tal materia, i motivi per cui le sostituzioni sono state censurate nel nostro antico dritto, e rigettate dall'Assemblea costituente, le discussioni del Consiglio di stato, e i motivi esposti innanzi il Corpo legislativo, tutto infine dimostra questa verità non negata per altro da alcuno.—Dunque una liberalità fatta col carico di restituire in qualunque tempo che non sia il giorno della morte, costituisce un fedecommesso ordinario (chiamato da taluni autori *fiducia*) e che non è interdetto dal Codice.

464. 3. In fine avvi sostituzione quando la liberalità si fa col carico di conservare fino alla morte *per trasmettere allora alla tale determinata persona.*— Quindi il divieto di alienare fra vivi, non accompagnato dal divieto di alienare anche per testamento, non costituirebbe una sostituzione, dacchè il proprietario obbligato di conservare fino alla sua morte non sarebbe obbligato a *restituire*, e potrebbe con atto di ultima volontà disporre a suo grado della cosa. Ma non vi sarebbe ancora sostituzione, quando pure il donatario o legatario avesse ricevuto la cosa a condizione di non alienarla nè per atto fra vivi, nè per atto di ultima volontà. Siffatta condizione, anzichè avere per iscopo ed effetto di mutare l'ordine legale delle successioni, assicurerebbe, al contrario, la trasmissione dei beni agli eredi chiamati dalla legge.

IV.—465. Un punto che potrebbe sembrar dubbio a prima giunta, è il conoscere se il carico di conservare sino alla morte

per restituire a un terzo sia una sostituzione, essendo imposta all'erede del sangue che raccoglie *ab intestato* i beni sui quali cade tal carico. Quindi avendo mio figlio per unico erede, scrivo un testamento con cui dico semplicemente di legare il mio podere di Normandia a Paolo mio nipote, che ne diverrà proprietario alla morte di mio figlio, ovvero incarico mio figlio di conservare il mio podere di Normandia per trasmetterlo alla sua morte al primogenito (non importa se già nato o da nascere) di mio fratello.

Dalloz e Duranton (VIII-67) non avendo ben preveduto tal quistione, stabiliscono un principio generale da cui deriverebbe che non vi fosse sostituzione. Secondo essi, può esservi sostituzione, essendo il gravato un donatario, un legatario, ma non mai un erede: essi si fondano sul testo del nostro secondo paragrafo che parla del carico imposto al donatario o al legatario, o allo *erede istituito*, il quale è anche un legatario (art. 1002 (928)).—Non potremo noi adottare un tal principio.

In vero, il testo invocato non è quello che annulla i carichi di conservare e restituire. Il Codice proibisce la sostituzione nel primo paragrafo, non nel secondo, il quale annulla la *disposizione principale* che contiene la sostituzione. Il legislatore nello scrivere il nostro art. 896 (941 M) ha avuto due pensieri: col suo primo paragrafo annulla le sostituzioni (riproduzione della legge del 1792); col secondo, annulla inoltre le disposizioni che le contengono (ciò che non avea fatto la legge *del 1792*). Quindi il senso del nostro articolo è questo: « 1° Qualunque sostituzione sarà nulla (*senza distinguere a carico di chi sia imposta*); 2° quando la sostituzione sarà imposta ad una donazione o ad un legato, quella o questo saranno altresì nulli ». Qualunque sostituzione sarà nulla. Or quali sono le disposizioni proibite con tal nome dal Codice? Quelle senza dubbio che proibiva la legge del 1792, e si chiamavano sostituzioni nel nostro antico dritto; or si è sempre inteso con quel nome qualunque carico di conservare fino alla morte, per trasmettere allora ad un terzo designato, senza distinguere se il gravato ricevesse i beni per successione legittima o per legato. Era questa la dottrina formale degli scrittori: diceva Pothier: « noi possiamo anche gravare di sostituzione i nostri eredi *ab intestato*; riputandosi tenere da noi ciò che potevamo loro togliere (*Sostit.*, sez. 4, art. 1, § 6, alin. 3 ».

Ma non è vero d'altra parte che il mio erede diventi un semplice legatario per la cosa che gli trasmetto gravata di sostituzione? Dichiarando che mio figlio non potrà alienare il mio podere, e dovrà conservarlo per mio nipote, io non lascio il podere nella mia successione legittima; ne dispongo per testamento, e quando pure in questo si parlasse solo del nipote che deve raccoglierlo alla morte di mio figlio, esso ne regolerebbe l' attribuzione a mio figlio medesimo. Quali che sieno i termini da me usati, l'atto significherà sempre questo: « Io tolgo il mio podere di Normandia dal sistema legale delle successioni; ne dò la proprietà a mio figlio con divieto di alienarlo, e alla sua morte lo dò a mio nipote ». Dunque in fondo mio figlio è divenuto semplice legatario di quel podere.

Diciamo essere questo l' antico dritto. Al passo sopraríferito di Pothier, altri se ne potrebbero aggiungere di varî scrittori, e massime di Thevenot d'Essaules, che Dalloz per errore cita in sostegno della dottrina contraria. Questa frase copiata dal sapiente autore del Repertorio, « l' erede che non è obbligato a restituire che come il rappresentante, non è gravato nel senso proprio » appartiene a Thevenot; ma invece di riferirsi ad un erede incaricato dal suo autore di conservare per restituire ad un terzo, come ha scritto Dalloz, riferiscesi all'erede di un gravato. Questo erede alla morte del gravato, suo autore, è obbligato a rilasciare la cosa al sostituto, e lui dice Thevenot non essere gravato di sostituzione, il che è evidente. Quanto allo erede che il suo autore avrebbe incaricato di conservare e restituire, dice positivamente Thevenot essere gravato di sostituzione (*Tratt. delle sostit.*, cap. 6).

V. — 466. Notiamo che il semplice fatto della esistenza attuale del carico di conservare e restituire, opera immediatamente la nullità del carico e della disposizione che lo contiene, qualunque sieno gli avvenimenti posteriori, e non ostante che si compia la condizione o le condizioni da cui la sostituzione dipenda.

Quindi una sostituzione è sempre condizionale, e dipende dalla condizione di sopravvivenza del sostituto; donando la mia casa a Pietro col carico di conservarla fino alla sua morte per restituirla poi a Paolo, vale come se dicessi: « Pietro restituirà la casa a Paolo, se questi gli sopravvive »; cotalchè se Paolo morisse otto o quindici giorni dopo eseguita la donazione fatta a Pietro, questi sarebbe liberato di qualunque peso di restituire, e non vi sarebbe più sostituzione. Or bene, la possibilità di non compiersi la condizione e dello svanire il carico di restituire, non è considerata dalla legge, e vi è sempre nullità immediata, non che della sostituzione proibita, ma anche della liberalità che la contiene; « qualunque disposizione, dice il nostro secondo paragrafo, con la quale il donatario o legatario sarà incaricato di conservare e restituire, sarà nulla ». Sarebbe similmente, se invece della condizione unica, da cui dipende necessariamente qualunque sostituzione, ve ne fossero diverse; quindi « io incarico Pietro di restituire a Paolo la casa che gli dò, se muore senza prole »; non occorrerà conoscere, se Paolo non premorirà a Pietro, nel qual caso svanirebbe la sostituzione; nè se Pietro lascerà figli, il che farebbe parimente venir meno il carico di restituire; tutto ciò è indifferente, essendo nulla la donazione nella quale è scritta una sostituzione proibita. Dunque, se pure dopo fatta la tradizione della cosa al donatario dal donante, Paolo, il sostituto, morisse *prima di Pietro*, e Pietro morisse poi lasciando prole, il donante o i suoi eredi anche potrebbero far dichiarare nulla e come non avvenuta la donazione e la seguitane esecuzione.

VI. — 467. Ma noi non giungeremo a dire, come fa Duranton (VIII-94), che una sostituzione proibita esiste, e trae quindi la nullità della disposizione principale, quand'anche il disponente, dopo scritta la clausola che forma la sostituzione, abbia voluto aggiungere che « caso che in questa clausola fosse riconosciuta una sostituzione proibita dalla legge, egli intende che la disposizione principale sia mantenuta come pura e semplice ».

Per modo di esempio « io lego la mia terra di Normandia a mio nipote, a condizione che ritornerà a mio figlio, se sopravvive al mio legatario; ma se tal condizione fosse una sostituzione proibita, e dovesse annullare il mio legato, io voglio che si sopprima, e si conservi il legato ».

Qui evvi veramente una sostituzione, essendo il legatario obbligato a conservare, per restituire alla sua morte ad una persona determinata che è il figlio del testatore; la qual sostituzione è proibita, non essendo il carico di restituire in vantaggio del *figlio o nipote* del gravato. Ma come tal sostituzione proibita potrebbe essa annullare la disposizione principale dachè il medesimo testatore l'ha soppressa? Avendo egli detto che annullerebbe la sua condizione se fosse una sostituzione vietata, come effettuirsi una clausola cancellata? Ci sembra evidente non esservi più sostituzione, quando con lo stesso atto la sostituzione è stata prima fatta e poi disfatta. Altra cosa è una sostituzione, che avendo dapprima la sua esistenza assoluta, può soltanto *svanire più tardi* per uno avvenimento posteriore, come quando si dice: « il mio legatario restituirà la cosa alla tal persona, *tranne che morendo non lasci figli* »; altra cosa è che si sottoponga, quando si scrive, ad una condizione che *impedisce di nascere*, come dicendosi « il mio legatario restituirà la cosa alla tal persona *se non è questa una sostituzione proibita* ». Nel primo caso, il carico di conservare per restituire che può annullarsi più tardi, esiste per ora, e grava realmente il legatario, e ciò basta perchè il legato si annulli; nel secondo, al contrario, essa non si forma, e non può sortire alcuno effetto.

468. Si comprende che il disponente po-

trebbe altresì, sempre nella ipotesi che la sua liberalità secondaria costituisse una sostituzione vietata, attribuire direttamente una qualsiasi cosa a colui che gratificava in secondo luogo. Quindi non sarebbe punto illegale che si dicesse nel testamento « io lego la mia casa a Pietro e a Paolo per esserne proprietari l'uno dopo l'altro; prima Pietro e alla sua morte Paolo, e se questa si giudicasse una sostituzione proibita, io voglio che Pietro abbia solo la casa, e Paolo 12,000 franchi che gli pagheranno i miei eredi ».

Duranton professa una dottrina contraria per una confusione che ben potevasi schivare. Egli crede che i casi di cui parliamo presentino nella mente del testatore disposizioni puramente *penali*, destinate unicamente da lui ad impedire l'azione di nullità, che i suoi eredi potrebbero intentare contro la sostituzione e il legato che la contiene. Quindi, secondo il dotto *professore*, l'idea del testatore, nelle due *sopraddette* circostanze, sarebbe sempre e necessariamente questa: « io voglio assolutamente che la mia sostituzione, tuttochè vietata, fosse eseguita; e affinchè i *miei* eredi non la impugnino, io toglierò loro ogni interesse di farlo ». Se fosse veramente così, se le due ipotesi da noi prevedute non potessero effettuarsi che con la idea da Duranton supposta nel testatore, la sua dottrina sarebbe vera; si direbbe esattamente, com' egli fa, che confermare simiglianti disposizioni, sarebbe lo stesso che assicurare il buon successo alle sostituzioni proibite. » Ma l'idea *supposta dal* dotto professore non esisterà *certamente* sempre; e noi vedremo, che se può presentarsi *alle volte* nella seconda delle due prevedute ipotesi, *non lo può* mai nella prima.

La prima ipotesi è che un testatore dichiari (non importa in quali termini) che se la condizione, o il carico da lui imposto ad un legato costituisse una sostituzione vietata, egli intende che il legato divenga puro e semplice, e sia liberato di quel carico o di quella condizione. Or si cerca invano, come Duranton abbia potuto scorgere in questa clausola il disegno di *assicurare* la esecuzione della sostituzione. Gli è vero che quella clausola toglie *agli eredi del testatore* qualunque interesse a far pronunziare che vi sia sostituzione vietata; ma l'interesse a loro tolto lo conferisce *al legatario* e a tutti i suoi aventi-causa. Quindi « io lego la mia casa a Pietro a condizione di conservarla a Paolo, e se tal condizione fosse annullata come sostituzione proibita, Pietro sarebbe legatario puro e semplice »; non è egli manifesto che Pietro ha molto interesse di fare annullare la sostituzione, affinchè abbia la piena e libera proprietà della casa? che i suoi creditori abbiano lo stesso interesse di far vendere la casa, e pagarsi col prezzo? Che alla morte del legatario lo stesso interesse avranno i suoi eredi per conservar la casa, invece di restituirla a Paolo? In che dunque questa clausola può assicurare il buon successo della sostituzione vietata? Essa clausola dunque sarà valida.

La seconda ipotesi è che il testatore prevedendo il caso che la sua disposizione sarebbe annullata come sostituzione proibita, faccia un'altra disposizione direttamente in vantaggio di colui che era dapprima sostituto. In questo caso, l'accorgimento del testatore può mirare a proteggere una sostituzione proibita, e ad impedire l'azione di nullità che potrebbero gli eredi intentare. Ma come questa medesima clausola potrebbe scriversi lealmente, senza disegno di violare la legge, e nell'ignoranza reale (e certamente scusabile) dei caratteri costituenti una sostituzione proibita, non si potrebbe nemmeno ammettere la dottrina assoluta di Duranton. Spetterebbe ai tribunali decidere secondo le diverse parti del testamento, e tutte insieme le circostanze, se siesi voluto imporre agli eredi una pena, che li rimuovesse dall' impugnare una sostituzione proibita.

In principio, adunque, il testatore temendo che il legato fatto sotto qualunque carico sia dichiarato contenere una sostituzione proibita, può con questo prevedimento e sotto tal condizione sostituire alla sua prima

disposizione questa o quell' altra che meglio gli piacerà, in vantaggio di quello solamente che è gravato di restituzione, o del sostituto, ovvero di entrambi (1).

VII. — 469. Le sostituzioni, anche permesse, che fanno eccezione al dritto comune, e pongono i beni in uno stato di inalienabilità, e di ristagno sempre nocevole al pubblico interesse, debbono riconoscersi in una donazione, o in un testamento dove risultino chiaramente e necessariamente dalla disposizione per modo che l'atto non possa intendersi altrimenti. Senza dubbio non ci vogliono termini sagramentali per creare una sostituzione, e poco importa quali *parole* siensi usate *se la cosa ci è;* ma è necessario che questa vi sia certamente, evidentemente, ed essendovi ambiguità, dubbio, e potendo una clausola intendersi nel senso di una sostituzione o in altro, bisogna attenersi a quest' ultimo senso. Con più forte ragione sarebbe lo stesso, trattandosi di una sostituzione vietata, essendo principio di dritto e di ragione, che una clausola deve sempre intendersi in quel senso per cui può essa avere qualche effetto piuttosto che in quello con cui non potrebbe produrne alcuno (art. 1157 (1110)). Dunque si vedrà piuttosto una disposizione ordinaria che una sostituzione, e piuttosto una sostituzione permessa che una vietata.

Quindi dicendo il testatore « io lego il mio podere a mio nipote, ma *da conseguirlo* soltanto alla morte di mio figlio » s' intenderanno queste parole così : « da conseguirne il possesso, il godimento, in fine l'usufrutto alla morte di mio figlio »; per modo che si vedrà il legato della nuda proprietà al nipote con riserba dell'usufrutto pel figlio erede legittimo. Parimente, se il testatore non determinando il tempo della restituzione ha detto in generale : « io voglio che mio padre abbia soltanto i miei beni mobili; e lego i miei immobili a mio fratello Paolo *col peso di restituire* il podere a Giacomo, altro mio fratello »; non si scorgerà un peso di restituire alla morte, il che sarebbe una sostituzione vietata (non essendo il sostituto un discendente del gravato); si vedrà in vece l'obbligo di restituire immediatamente, e sarà semplicemente un legato particolare fatto a Giacomo posto a carico del legato a titolo universale di Paolo (art. 1010 (964)).

Adunque non vi sarà sostituzione in tutti i casi, ma in quelli soli in cui l'atto interpetrato da tutti insieme i suoi termini, e dalle circostanze rivelerà la volontà nel disponente di obbligare il beneficiato a conservare la cosa per restituirla ad una terza persona designata. Diciamo che l' atto di disposizione dee manifestare tal volontà, e non si può mai vedere una sostituzione legale, quando la volontà di sostituire, quantunque certa ed espressa, sia stata verbale, o espressa in uno scritto *senza le forme delle donazioni nè del testamento.* La ragione è semplice : vi è sostituzione quando il primo gratificato è costituito nella *impossibilità* di alienare, e nell'obbligo di conservare e di restituire ad un terzo designato. Ora la scrittura che non sia nè donazione nè testamento, e del pari una semplice verbale dichiarazione non potrebbero mai far nascere tale impossibilità di alienare, nè tale obbligo di restituire ; il preteso gravato non sarebbe realmente gravato, nè sarebbe impedito di alienare quando e come vorrebbe.

470. Merlin (*Quistione*, *Sostit.*, § 14) e Coin-Delisle (n. 55), adottano contraria sentenza, rispondendo al nostro argomento che la parola *obbligatorio*, in materia di disposizioni nulle, non può intendersi che di disposizioni le quali *moralmente obbligano*; da che senza questo non vi sarebbe alcuna sostituzione proibita, stantechè essendo la sostituzione *proibita dalla legge*, il carico di conservare e di restituire non

(1) R. De Villargues (num. 292 e 340); Vazeille (n. 16); Coin-Delisle (n. 51); Parigi, 3 marzo 1820; Grenoble, 20 maggio 1833 ; Rig., 8 luglio 1834 (Dev., 34, 1. 734). Duranton, anche nella sua edizione accresciuta dell'analisi della giurisprudenza, non parla di queste ultime decisioni, ma cita soltanto quella del 1820 che ci crede esorbitante ed isolata.

vi può esser mai *obbligatorio legalmente*. Se non che questa risposta è puerile. Quando si dice che la sostituzione (proibita o pur no) si riconosce ed anche si costituisce con l'obbligo civile di conservare e restituire, non s'intende parlare sicuramente di una obbligazione civile *valida*, ma di una obbligazione civile che è tale *nella volontà del disponente*. Quando un testatore o donante scrive le parole necessarie, e adempie le formalità richieste per creare una obbligazione civile di conservare e restituire, evvi per ciò solo sostituzione ; se ciò si è fatto nelle circostanze in cui la legge permette tal modo di disporre , vi sarà realmente l'obbligazione civile, cioè la sostituzione sarà valida; nel caso contrario, l'obbligazione civile non vi sarà , cioè vi sarà una sostituzione proibita. Non vi è mai sostituzione (non importa se valida o proibita) che quando il disponente abbia adempito le forme richieste per la creazione di un obbligo civile di conservare o di restituire ; dunque imposto tale obbligo verbalmente, non può esservi sostituzione (1).

VIII.—**471**. Abbiamo veduto che dove una disposizione contenga una sostituzione proibita, questa trascina con se la nullità della disposizione principale. Fa mestieri valutar bene questa regola, e comprendere che non è nulla allora la intera disposizione principale, ma soltanto quella disposizione.

E primieramente , è nulla la disposizione che contiene la sostituzione proibita , e non già le altre disposizioni che potrebbe contenere il medesimo atto. Quindi se con una donazione fra vivi io assegno a Pietro la mia casa , senza alcuna condizione o peso, e a Paolo il mio podère col carico di restituirlo alla sua morte a Giacomo, gli è evidente che la sostituzione proibita non annullerà l'atto intero, ma soltanto la liberalità fatta a Paolo. Parimente, se il mio testamento contiene parecchi legati dei quali un solo è gravato di sostituzione, non verrà meno l'intero testamento, ma soltanto il legato fatto col carico di conservare e restituire.

Ma la disposizione che contiene il carico di restituire sarà nulla nella sua interezza. Quindi donando a Paolo la mia casa e il mio podere col carico di restituire la casa a Giacomo, la donazione non verrà meno soltanto per la casa, ma altresì per il podere, essendo l' uno e l' altra donati col carico di restituire quest'ultima. Sarebbe altrimenti, se avessi detto: « lego a Pietro il mio podere; gli lego anche la mia casa col carico di conservarla per restituirla a Giacomo ». Qui il carico di restituire cade sul solo legato della casa, e quindi il legato del podere non può essere annullato per la sostituzione che su quella non grava.

Comprendesi del resto che la regola di cui ci occupiamo, darà spesso luogo ad interpetrazioni lasciate all'intelligenza del giudice. Ciò che bisogna dire è , che essendo unica la disposizione, essa cadrà colla sostituzione proibita ; essendo diverse , si annullerà solamente quella su cui cade la sostituzione.

897 (942).—Sono eccettuate dall' articolo precedente le disposizioni permesse nel capo VI di questo titolo, ai genitori, ai fratelli ed alle sorelle.

472. Abbiamo già veduto nel num. II del precedente articolo, che alla regola che proibisce le sostituzioni ed annulla le liberalità su cui gravano, faceva eccezione il Codice stesso negli articoli 1048 e 1049 (1003 e 1004) ai quali il nostro rimanda, e che tale eccezione, estesa dopo con la legge del 17 maggio 1826, è stata ricondotta ai suoi primi limiti dalla legge degli 11 maggio 1849. Noi spiegheremo al luogo loro i due articoli sopraccitati non che le leggi del 1826 e 1849.

Del resto, abrogato, come si sa, dalla legge del 1855 il terzo ed ultimo para-

(1) R. de Villargues (n. 297 e 350); Dalloz (articolo 4 (4), n. 3; Vazeille (n. 42).

grafo del precedente articolo aggiuntovi il 3 settembre 1807, sarebbesi dovuto al tempo della promulgazione di quella legge ridare a questi due articoli la loro prima compilazione e sopprimere il terzo paragrafo del primo, facendo cominciare il nostro in questo modo: « sono eccettuate dalla disposizione del precedente articolo. »

898 (936).—Non sarà considerata come sostituzione, e sarà valida la disposizione con la quale una terza persona sia chiamata a conseguire la donazione, la eredità, od il legato nel caso in cui il donatario, l'erede, od il legatario non la conseguissero.

473. La disposizione di questo articolo è quella che si chiamava dai Romani *sostituzione volgare*. Così « io fo a Pietro donazione della mia casa » ovvero « istituisco mio erede Pietro (il che significa secondo l'articolo 1002 (928), fo Pietro mio legatario universale), » ovvero « lego a Pietro questa parte de' miei beni, o quella casa;» poi, espressa questa prima idea, aggiungo ; « per qualunque causa Pietro non raccolga la donazione - (o il legato) voglio che in suo luogo Paolo sia donatario (o legatario).» Questa disposizione, dice il nostro articolo, non costituisce una sostituzione fedecommessaria. Difatti, non vi sono due donatari o legatari che debbono successivamente raccogliere, e de' quali il primo sia incaricato di conservar la cosa fino alla sua morte per restituirla allora all'altro; non potrà mai esservi che un solo beneficato, o Pietro solo chiamato se potesse o volesse raccogliere, o Paolo solo chiamato condizionatamente, e se Pietro non raccoglie.

Del resto, perchè la sostituzione volgare che si comprende perfettamente, pei legati e per le donazioni dei beni futuri, si concepisca altresì in una donazione fra vivi ordinaria, è necessario supporre una donazione ed una accettazione fatta con due atti distinti (art. 932 (856). Così, per modo di esempio, con una dichiarazione fatta innanzi un notaro di Parigi « io dò la mia casa a mio fratello Pietro che trovasi al presente a Leone, purchè ne faccia l' accettazione dentro un mese ; e nel caso che la casa non fosse stata da lui accettata, io la dò a Paolo mio secondo fratello ». Si comprende di leggieri la sostituzione volgare trattandosi così di una accettazione incerta; ma gli è chiaro che sarebbe impossibile se le parti intervenissero in un solo e medesimo atto, perchè allora l'accettazione o il rifiuto del primo chiamato si conoscerebbe immediatamente.

899 (944).—Lo stesso avrà luogo rispetto alla disposizione tra vivi o di ultima volontà per cui sarà dato ad uno l' usufrutto, e ad altri la nuda proprietà.

SOMMARIO

I. Grande differenza fra la disposizione di cui parla questo articolo, e la sostituzione fedecommessaria.
II. Osservazione sul mezzo di distinguere il caso preveduto dall'articolo, dai casi di sostituzione.
III. Non vi può esser sostituzione nelle disposizioni di usufrutto.

I.—474. Donando o legando a Pietro la nuda proprietà del mio podere , e a Paolo l' usufrutto di esso, non vi è certo per alcun di loro , carico di conservare per restituire alla morte; vi son due donatari (o legatari) *diretti*, ciascuno dei quali riceve *immediatamente* la cosa che è oggetto della donazione (o del legato), non essendo il suo dritto soggetto alla premorienza dell'altro donatario o (legatario). — Così Pietro può immediatamente vendere, donare, ipotecare, o alienare la

nuda proprietà come e quando vorrà, non aspettando la morte di Paolo; siccome dal suo canto costui raccoglie immediatamente il suo usufrutto e può similmente disporne. Gli è vero che Pietro sopravvivendo a Paolo usufruttuario avrà per la morte di costui il possesso e godimento del podere, come sarebbe avvenuto se fosse stato legato a Paolo col carico di sostituzione per Pietro (il che si ottiene semplicemente per la natura stessa dell'usufrutto, che si estingue necessariamente e si consolida colla nuda proprietà per la morte dell'usufruttuario, siccome abbiamo spiegato sotto lo art. 617 (542, n. II); ma quest'unico punto di rassomiglianza è accompagnato da tante e sì vive differenze da non potersi i due casi confondere.

Difatti, 1° se il disponente avesse detto: « do o lego il mio podere a Paolo col carico di restituirlo morendo a Pietro » costui non avrebbe avuto fino alla morte di *Paolo* alcun dritto sopra l'immobile, nè sarebbe divenuto proprietario, che per la premorienza di Paolo; nel caso del nostro articolo, al contrario, egli diviene immediatamente nudo proprietario, e può vendere, donare, ipotecare la sua nuda proprietà quando e come vorrà; 2° nel caso di sostituzione Pietro non avrebbe alcun dritto nè trasmetterebbe nulla ai suoi eredi morendo prima di Paolo; nella nostra specie al contrario, essendo immediatamente investito della sua nuda proprietà, egli la trasmetterà ai suoi rappresentanti dove pure morisse l'indomani della donazione o della morte del testatore, e questa nuda proprietà si consoliderà sempre, e necessariamente con l' usufrutto di Paolo alla di costui morte, compiendosi la consolidazione o da Pietro medesimo se vive, o dai suoi eredi se egli è premorto; 3° essendovi sostituzione, il dritto del sostituto apresi per la premorienza del gravato, e nel punto della morte, bastando che egli sia concepito in quel tempo; al contrario, la doppia assegnazione preveduta dal nostro articolo dell'usufrutto all'uno, e della nuda proprietà all'altro, chiede che i due beneficati sien concepiti nel momento della donazione, o alla morte del testatore in caso di testamento (art. 906 (822)).

Sarebbe stato dunque impossibile scorgere una sostituzione nella ipotesi preveduta, posto anche che un articolo espresso non ci avesse detto che essa non esiste.

II. — **475.** Ma se di leggieri si comprende che il dono dell' usufrutto di un fondo ad uno, e della nuda proprietà ad altrui non costituisce una sostituzione, si comprende non essere egualmente facile (atteso i termini più o meno ambigui usati dal disponente) il riconoscere se con questa liberalità doppia e simultanea il disponente abbia voluto o pur no fare una sostituzione. Del rimanente gli è questo un giudizio di fatto, una quistione d'interpetrazione lasciata interamente alla intelligenza del magistrato: debbono però applicarsi le seguenti regole di dritto; 1° che non bisogna mai badare alle parole, quali che sieno, ma al pensiero del disponente, che si deve indagare combinando le diverse parti dell'atto e tutte insieme le circostanze; 2° che nel dubbio si dovrà piuttosto vedere la doppia liberalità di cui trattiamo, anzichè una sostituzione, massime se dessa sia proibita.

Per modo di esempio, quando (siccome nella specie che si è presentata avanti la Corte di Parigi il 1° dicembre 1807) una persona che aveva per erede più prossimo suo nipote, ha detto nel suo testamento: « lego a mio nipote l' usufrutto de' miei beni e la proprietà ai figli che nasceranno dal matrimonio che egli dovrà contrarre; e morendo senza figli, la proprietà passerà al mio più prossimo parente, » gli è ben chiaro che sotto il nome mentito di ***usufrutto*** donavasi la piena proprietà al nipote col carico di restituirla ad altrui alla sua morte. Ciò è evidente; perchè se il nipote avesse dovuto realmente conseguire il semplice usufrutto, a chi dunque sarebbe passata la nuda proprietà al tempo della morte del testatore? Non ai figli, perchè si trattava di tutti i figli che nasceranno dal futuro matrimonio, i quali quindi, non potendo essere concepiti, non erano in istato di ricevere (art. 906 (822)); non ad al-

tro qualunque parente che sarebbe stato l'erede legittimo del defunto, perchè l'erede più prossimo era per lo appunto il nipote. Questo punto, cioè che il nipote doveva avere la proprietà insieme con l'usufrutto, è anche manifesto dacchè per la morte di lui la proprietà doveva passare al parente che dopo lui era più prossimo al testatore, morendo egli senza figli legittimi, e ai suoi figli, se ne aveva. Era mestieri dunque decidere, come già si è fatto, ch'eravi una sostituzione proibita, e che ogni cosa era nulla.

476. Ma la cosa sarebbe diversa, se lo zio che lega al nipote l'usufrutto di alcuni beni e la loro proprietà ai figli, anche nascituri, di lui, lasciasse poi un erede più prossimo dello stesso nipote, p. e. suo padre; la disposizione allora ben si spiegherebbe senza alcuna sostituzione, riconoscendo il nipote per semplice usufruttuario. Direbbesi: vi è prima un legato di usufrutto puro e semplice per il nipote, poi un legato condizionale ai figli della nuda proprietà, cioè sotto la condizione di essere concepiti alla morte del testatore: quindi coloro che saranno concepiti in quel tempo si divideranno la nuda proprietà dei beni legati, e raccoglieranno più tardi, morto il loro padre usufruttuario, l'usufrutto dei medesimi beni, non raccogliendo i loro fratelli o sorelle concepiti dopo, alcuna porzione nè della nuda proprietà nè dell'usufrutto. Se nissun figlio del nipote usufruttuario fosse concepito alla morte del testatore, essendo caducato il legato della nuda proprietà, questa resterebbe nella successione *ab intestato* del defunto, e apparterrebbe a suo padre, erede legittimo, il quale più tardi, per se stesso o pei suoi successori, raccoglierebbe l'usufrutto alla morte del nipote, non potendo nulla pretendere in forza del testamento alcuno dei figli di quello.

III.—**477.** Il nostro articolo dice di non esservi sostituzione nella disposizione che attribuisce l'usufrutto ad una persona, e la nuda proprietà ad un'altra; ma fa mestieri osservare che nelle disposizioni in cui si tratta del solo usufrutto, la sostituzione non può aver luogo per la forza stessa delle cose, non potendo mai un usufrutto essere oggetto di sostituzione. Senza dubbio, una disposizione di usufrutto potrà spesso esser nulla, perchè fatta ad una persona non ancora concepita al tempo in cui doveva raccoglierlo, e non perchè è dessa una sostituzione.

Difatti, l'usufrutto di una cosa non è, come la sua proprietà, un bene stabile, perpetuo e trasmessibile di generazione in generazione; esso è un bene che più lungamente può durare quanto la vita del proprietario. Ma estinguendosi l'usufrutto per la morte del suo proprietario, come la morte lo trasmetterebbe a un proprietario novello, siccome deve avvenire pei beni gravati di sostituzione? Come la morte farebbe passare a questa o quella persona il bene che essa annulla? Non vi può esser dunque sostituzione per l'usufrutto. (Ved. art. 617, II (542).

Così, legando io l'usufrutto del mio podere a Pietro e a Paolo congiuntamente, e con accrescimento al superstite dei due, cioè, perchè essi abbiano ciascuno la metà dell'usufrutto mentre vivranno, e morto l'uno, abbia l'altro l'intero usufrutto fino alla sua morte, io non fo una sostituzione. Gli è vero che alla morte di uno dei legatari l'usufrutto di metà del podere che gli apparteneva, spetterà al superstite; ma non continua lo stesso usufrutto, ne comincia un altro per il superstite, cessato il primo per la morte del predefunto.

Così ancora « io lego l'usufrutto del mio podere a Pietro per passare alla sua morte al suo secondo fratello, il quale alla sua morte egualmente lo trasmetterà al suo primogenito; » non è questa una sostituzione. Pietro suo fratello, e il di costui figlio sono chiamati non ad un solo usufrutto che passa dall'uno all'altro, ma *a tre* distinti usufrutti, che costituiscono l'oggetto di *tre* legati, per ciascuno dei quali si applicheranno separatamente le regole di capacità per il legatario. Nè basterà (come nel caso di sostituzione) che Pietro sia concepito alla morte del testatore, il fratello di Pietro alla morte di costui, e il

figlio del fratello alla morte di suo padre; bisognerà che tutti e tre sieno concepiti alla morte del disponente. Vi è per Pietro un primo legato puro e semplice di un usufrutto che avrà principio alla morte del testatore; per il fratello di Pietro, un secondo legato, che si eseguirà è vero alla morte di Pietro, se egli sopravvive, ma che deve raccogliersi fin dalla morte del testatore; il terzo legato è simigliante al secondo. Se il terzo legatario, o il terzo e il secondo non fossero ancora concepiti al tempo della morte del testatore, questi due legati, essendosi fatti sotto la tacita condizione del concepimento anteriore alla morte, sarebbero caduchi, e il solo Pietro avrebbe l'usufrutto, di guisacchè il concepimento posteriore di suo fratello o di suo nipote nissuno effetto produrrebbe, nè impedirebbe che l'usufrutto si consolidasse con la nuda proprietà alla morte dell'unico usufruttuario.

Ed avvertiamo che sarebbe anche così, se il testatore avesse usato i medesimi termini che costituiscono la forma di una sostituzione, dicendo « io lego a Pietro lo usufrutto del mio podere col carico di conservarlo fino alla sua morte per restituirlo poi al suo minore fratello ». Non bisogna mai badare alle parole, ma sempre alle cose.

Dunque essendo stato legato un usufrutto ad una serie più o men lunga, ma determinata di persone nate o nasciture, non vi sarà sostituzione, ma altrettanti distinti legati quante son le persone chiamate; vi sarà un legato valido per ciascuna delle persone che esisteranno alla morte del testatore, e saran caduchi tutti gli altri legati. Sarebbe altrimenti, se fosse indefinita la serie delle persone chiamate successivamente all'usufrutto; così « io lego l'usufrutto del mio podere a Pietro per trasmetterlo alla sua morte al suo primogenito, il quale alla sua volta lo trasmetterà al primogenito dei suoi figli, e così via in perpetuo » in questo caso sarebbe nulla la intera disposizione.—Difatti un preteso dritto di usufrutto perpetuo è veramente la stessa proprietà, facendosi della nuda proprietà una parola vana senza reale esistenza. Il testatore, nella specie nostra, ha dunque realmente disposto della proprietà sotto il nome mentito di usufrutto; e di conseguenza evvi sostituzione. Ora non rientrando tal sostituzione nella eccezione degli articoli 1048 (1003) e seguenti, resta quindi nella proibizione dell'art. 846 (765) e di conseguenza trascina la nullità del principale legato che la contiene.

478. Ciò che si è detto pei legati, si applica similmente alle donazioni, con questa differenza, che il donatario dev'essere concepito per raccogliere non solo alla morte del disponente, ma al punto stesso della donazione.

900 (816).—In qualunque disposizione tra vivi o di ultima volontà, si avranno per non iscritte le condizioni impossibili, e quelle che sono contrarie alle leggi od ai costumi.*

SOMMARIO

I. Le condizioni impossibili o illecite non viziano le disposizioni gratuite, mentre annullano le ordinarie convenzioni.
II. Questa regola che ha sua origine nel dritto

* La Corte suprema di Napoli ha stabilito i seguenti principî:

» La condizione imposta dal padre a' figliuoli di viver lontani dalla madre, è contraria a' buoni costumi, 20 gennaro 1824.

» La condizione che un individuo non abbracci vita religiosa o monastica, non è contro le leggi o il buon costume, 23 gennaro 1841.

» Può ritenersi come non scritta la condizione apposta in un testamento, che i figli debbano tutti convivere insieme sotto al medesimo tetto col primogenito, sotto la penale al trasgressore di non succedere che nella sola riserva, 13 sett. 1842.

» La condizione apposta dal testatore di sentirsi ristretta la sua largizione, nel caso che la figlia legataria passi a marito, non incontra il divieto dell'art. 816 delle leggi civili, 9 sett. 1847.

» Sotto l'impero delle leggi attuali non può aversi per non iscritta la condizione del celibato apposta in un atto di donazione tra vivi. Però dato

romano non dovrebbe esistere nel nostro dritto francese.
III. Che cosa intende l'articolo per condizioni impossibili o contrarie alle leggi ed ai costumi.

I. — **479.** Dichiara il presente articolo che nelle gratuite disposizioni qualunque condizione che fisicamente o legalmente è impossibile a compiersi, è cancellata dalla legge; cotalchè la disposizione diviene pura e semplice e sortisce il suo effetto, come se quella non vi fosse scritta.

Le condizioni impossibili fisicamente son quelle che non possono compiersi per la natura stessa delle cose: per modo di esempio « se voi disseccate l'Oceano ». Si chiamano legalmente impossibili quelle che la legge non permette di compiersi: cioè quelle che il nostro articolo chiama contrarie alla legge ed ai costumi, p. e. « se voi contrarrete un secondo matrimonio, vivendo ancora la vostra prima moglie ». Le une non potrebbero compiersi che annullandosi le leggi fisiche, le altre con una violazione del dritto, delle leggi morali. Dal punto di vista fisico ed assoluto, le prime si chiamano *condizioni impossibili*, le altre *condizioni illecite, immorali*.

Così se ho detto: « vi dò la mia casa se fate un viaggio nella luna » si cancellerà questa ridicola condizione, e voi sarete immediatamente proprietario della casa. Se ho detto: « vi lego il mio podere se voi dentro sei mesi dalla mia morte appiccate il fuoco ai quattro angoli di Parigi » si terrà come non esistente questa clausola immorale, e voi sarete proprietario del podere fin dalla mia morte.

480. Sarebbe altrimenti nei contratti onerosi, nei quali sarebbe anche nulla qualunque condizione o clausola impossibile o illecita, e trascinerebbe la nullità della convenzione di cui farebbe parte. Quindi se Pietro si obbliga verso di me ad uccidere sua moglie da qui a tre mesi, ed io mi obbligo a pagargli 10,000 franchi, prezzo dell'assassinio, sarebbe nullo l'obbligo di Pietro che ha per oggetto un delitto; ed essendo il suo obbligo causa del mio, sarebbe ugualmente nullo il mio che ha una causa illecita (art. 1133 (1087)). Al contrario, avendo fatto a Pietro donazione di 10,000 franchi sotto la condizione espressa nell'atto « se uccidete vostra moglie » la condizione sarà nulla, non viziando la donazione che sarà pura e semplice, e valida.

II. — **481.** Questa differenza a cui ci pare impossibile di trovare una giustificazione o alcuna causa logica, ha avuta la sua origine nella legge romana. In Roma l'estrema importanza che si metteva a morire *non intestato*, la specie di disonore che si affiggeva al non lasciare erede di propria scelta, aveva fatto decidere che le condizioni impossibili o illecite sarebbero cancellate nei testamenti, lasciando il suo pieno effetto alla disposizione.

Riconoscevasi che in principio, in buona logica, la condizione impossibile (fisicamente o legalmente), non potendo effettuarsi, rendeva per ciò stesso impossibile che si compisse la disposizione che ne dipendeva. Così, avete voi detto nominar Sempronio vostro erede, se egli col dito toccasse il cielo; ma sapendo bene che egli non potrebbe mai toccarlo, voi quindi dicevate di non volerlo per erede. Avete detto di dare la vostra eredità a Tizio se uccidesse suo fratello, o consegnasse Roma al nemico, ma sapendo che l' assassinio

in usufrutto un fondo sotto la condizione del celibato, il donatario che contragga matrimonio, conserva il godimento de' frutti per l'epoca anteriore alla celebrazione delle nozze, e non già che si reputa caducato il dono sin dal suo principio, 28 febbraro 1832.

» La disposizione espressa in un testamento di usufruire della casa abitandola, costituisce un legato di abitazione, il quale non ha niente di comune con le condizioni moralmente impossibili perchè restrittive della libertà individuale, e però da aversi come non scritte, 7 aprile 1853.

La Corte suprema di Palermo ha deciso:

« Essere valida, perchè non contraria alla legge nè ai costumi, la condizione imposta al legatario di non potersi maritare con una donzella di un determinato ceto. 21 gennaro 1854 (Grasso e Riso).

o il tradimento son cose impossibili ad uomo onesto, valeva lo stesso che dire che non dareste la vostra eredità a Tizio. In principio dunque il testamento, come qualunque altro atto, avrebbe dovuto annullarsi, se contenesse una condizione impossibile. Ma siccome far testamento tenevasi di grande rilievo, e questa idea aveva indotto il legislatore a permettere che il testamento di colui che era impedito di testare dall'età o dalla malattia fosse fatto da suo padre o da altro ascendente (nelle sostituzioni pupillari ed esemplari) si dichiarò che le condizioni impossibili non potevano scriversi in un testamento che per sola inavvertenza, e bisognava cancellarle per seguire la mente del testatore.

Questa regola non avrebbe dovuto mai passare nel nostro dritto francese, e massimamente nel Codice civile, il quale considera il testamento non più come il modo privilegiato di trasmettere i beni del defunto, ma come una eccezione al dritto comune, che da noi è la successione *ab intestato*, favoreggiata, e che presenta un'applicazione più frequente del testamento. Or la forza della pratica ha fatto conservare fino ad oggi questa bizzarra regola; e quel che è più strano, la legge del 12 settembre 1791 la ha esteso alle donazioni fra vivi, alle quali gli stessi Romani non l'avean saputo applicare. Il Codice riproduce la stessa idea, e dichiara positivamente, che la condizione impossibile o illecita sarà nulla, tanto nelle disposizioni fra vivi che nei testamenti.

482. Gli scrittori han censurato questa strana estensione dell' idea romana; noi andando più in là diremo, che si dovrebbe sopprimere non che la estensione del 1791, ma anche la idea stessa, acciocchè i testamenti come le donazioni sieno regolati da' veri principî. Gli scrittori cercano giustificare questa regola nei testamenti, con dire che dessa sia una giusta punizione del testatore. Ma come può esser punito un testatore per l'esecuzione del suo testamento, che avviene dopo la sua morte? Se è una pena, essa ricade piuttosto sull'erede legittimo, a cui vien tolta la cosa legata. Quanto al testatore, egli è favorito anzichè punito, dacchè voi eseguite la sua volontà non ostante la condizione forse infame da lui imposta, e che voi fate grazia di cancellare, supponendola scritta per errore.

Checchè ne sia, *statuit lex*, e il nostro articolo non può sfuggire alla sua disposizione.

III. — 483. Bisogna pure riconoscere, che questo articolo ha una importanza maggiore di quella che risulta dal senso rigoroso dei suoi termini. Difatti, non deve intendersi soltanto delle *condizioni* propriamente dette, ma delle condizioni ed anche dei *pesi*, delle diverse clausole accessorie, che possono apporsi alla condizione principale che contiene una liberalità. Non può dubitarsene, scorgendo che l'articolo riproduce la regola creata dalla legge del 12 settembre 1791, la quale aveva per oggetto « *qualunque clausola imperativa o proibitiva* contraria alle leggi, o ai buoni costumi ». Del resto, questo senso più largo e meno rigoroso è dato spesso alla parola *condizione* o comunemente, o nella compilazione degli atti, o nel Codice (Ved. articoli 953, 954, 530 (878, 879, 453).

484. Ma quali sono le condizioni, le clausole di cui intende parlare l'articolo?

Non vi ha difficoltà per quelle dette *impossibili fisicamente*. Si scorge di leggieri se realmente vi sia impossibilità assoluta a compiersi una cosa, o se il suo compimento è soltanto più o meno difficile. Le condizioni veramente impossibili in fatto saranno rare. Ma non sarà lo stesso per le clausole che l'articolo qualifica di condizioni contrarie alle leggi e ai costumi (1), e che da noi son dette impossibili legal-

(1) L'articolo non intende parlare di ogni sorta di leggi, ma soltanto di quelle relative all'ordine pubblico, all'interesse generale; quelle che regolano gl' interessi privati possano essere derogate come si sà (art. 6). L'articolo dice *contrarie alle leggi* (d' ordine pubblico) *o a' buoni costumi;* si comprende che una clausola potrebbe esser contraria alla morale, al buon ordine, al ben pubblico, senza essere in urto con un testo positivo della legge. Quindi il divieto di abbracciare alcuna

mente, o illecite; essendo spesso difficile il conoscere se la clausola sia o pur no illecita.

Andando più innanzi diremo, che questa o quella clausola sarà di necessità valutata diversamente secondo i principî più o meno severi, i costumi più o meno austeri, i sentimenti più o meno religiosi, la delicatezza più o men grande, ed anche secondo i varii modi di vedere, del tempo, del paese, e massime delle persone chiamate a decidere.

Quindi nissuno dubita che non vi sia clausola illecita nella condizione di non abbracciar mai alcuna professione, di non mai lasciare la tale, di mutare o non mutare religione, non esercitare i suoi dritti politici o non accettare alcun pubblico ufficio. Ma eccoti subito la discordanza. Così Favard (*Don.*, sez. 1, § 2), trova lecito il divieto di non maritarsi mai, mentre altri scrittori, e con ragione secondo noi lo dichiarano lecito. Coin-Delisle (n. 27 e 28) sostiene la validità della condizione imposta a un uomo di sangue nobile di abbracciare un mestiere o un' arte meccanica che gli farebbe onta nella pubblica opinione, mentre pensa Duranton (VIII-134), come pur noi, esser questa una clausola illecita, perchè infine costui può esser dotato di qualità che lo rendano atto ad esercitare nell' interesse del suo paese alti impieghi pubblici, e che che ne dica Coin-Delisle, alcuni mestieri sarebbero mezzi proprî per aprirgli la via a quelli. — Coin-Delisle (numero 36) non crede illecita la condizione di sposare una persona nobile, laddove Merlin (*Repertorio*, *Condizione*, sezione 2, § 5), Duranton (numero 126) e Vazeille (n. 9) credono doversi annullare tal clausola; e noi pur lo crediamo, perchè essa offende in punti gravi questa severa prerogativa della libertà, la più bella delle facoltà concedute all' uomo da Dio. Crediamo per questa medesima ragione, e contro tutti gli scrittori, che si dovrebbe in generale dichiarare illecito l'ordine o il divieto di farsi prete. Se è un dovere abbracciare lo stato ecclesiastico dove vi sia vocazione, e di tenersene lontani nel caso contrario, è immorale metter l'uomo fra il compimento del suo dovere e l'esca del guadagno.

484 *bis*. Queste divergenze ci sembrano dimostrare una idea che deve dominare tutta questa materia, cioè che il più di quistioni simiglianti non debbono esaminarsi in tesi, nè possono sanamente risolversi se non che secondo le circostanze speciali ad ogni affare. Così, per esempio, se si conoscerà che uno zio abbia avuto lo intendimento di costringere il nipote a farsi prete, negandogli, se restasse nel mondo, la eredità sulla quale egli contava, si dovrà certamente dichiarare illecito in tal caso l'ordine di farsi prete, o il divieto di maritarsi. Ma se si scorge dalle circostanze, che lo zio non siesi affatto proposto avere sopra di esso un ascendente; che la liberalità che gli farebbe caso si facesse prete, miri unicamente ad assicurargli in questa ipotesi una agiatezza che non offre lo stato ecclesiastico, allora la clausola, non attentando alla libertà, deve essere mantenuta.

CAPITOLO SECONDO

DELLA CAPACITÀ DI DISPORRE O DI RICEVERE PER DONAZIONE TRA VIVI O PER TESTAMENTO.

901 (817). — Perchè taluno possa far donazione tra vivi o testamento è necessario che sia sano di mente.

I. La disposizione gratuita è sempre nulla, non essendo l'autore sano di mente nel momento

professione non potrebbe esser valido, e pure non havvi alcun testo legale che ordini di esercitare uno stato.

preciso in cui si fa. Derogazione all'articolo 504 (427). — Viceversa è sempre valida, essendo l'autore di mente sana a quel momento. Derogazione all'art. 503 (426).
II. L'atto è nullo, sempre e senza esame di circostanze, se fatto da un interdetto. Confutazione della contraria dottrina di Merlin, Dalloz e Coin-Delisle.
III Quando e come deve provarsi la demenza.
IV. Della nullità per suggestione o captazione. L'azione ab irato *non è ammessa dal Codice.*

I.—485. Non un solo contratto, un solo atto civile può validamente farsi da chi non abbia sana la mente; una vendita, come un matrimonio, una concessione d'ipoteca, come un riconoscimento di figlio fatti da un folle, sarebbero di necessità nulli. Che significa dunque il nostro articolo, e a che giova dirci che la ragione è necessaria per disporre a titolo gratuito?

Questa regola ha un senso in quanto lo esercizio delle facoltà intellettuali è più rigorosamente richiesto nelle disposizioni gratuite che negli atti a titolo oneroso. Si sa difatti che secondo la disposizione dell'articolo 504 (427) gli atti di una persona attaccata di malattia mentale non possono annullarsi dopo la sua morte, se non *nei casi* che si fosse pronunciata o provocata l' interdizione avanti la sua morte (tranne che l'atto medesimo sia argomento della demenza). Ora l'articolo presente eccettua da siffatta regola gli atti gratuiti (o meglio li sottrae dalla disposizione veramente eccezionale, rimettendoli nel dritto comune), dichiarando assolutamente, che le donazioni e i testamenti non potranno farsi mai da chi non abbia sana la mente. Così, la disposizione di un testatore o un donante che sia morto innanzi che si provocasse la sua interdizione, non potrà esser meno impugnata per cagion di demenza, non ostante l' articolo 504 (427) che qui non si applica. Nel progetto del nostro articolo un secondo paragrafo positivamente diceva, che le gratuite disposizioni non potrebbero essere impugnate per cagion di demenza che « nel caso e nel modo prescritti dall'art. 504 (427) »; ma nella discussione del Consiglio di Stato fu rigettatto questo secondo paragrafo, che rimandava ad una disposizione non riguardante le donazioni nè i testamenti (Fenet, XII, p. 294-297). Gli è dunque certo, non ostante la contraria dottrina di Maleville (art. 901 (817)) e di Delvincourt (t. II) che le disposizioni gratuite son rimaste soggette ai principî generali che dichiarano nullo qualunque atto di chi manchi di senno (1).

486. Essendo valido il testamento o la donazione, se nel punto di farli il suo autore fosse veramente *sano di mente*, non sarebbe dunque necessario, per doversi annullare, che il disponente in quel punto fosse attaccato di demenza furiosa o mite o di imbecillità; bastando il semplice delirio cagionato dalla febbre o dalla ebbrezza, o anche la alienazione di mente che può rimenare il parosismo della collera o di altra violenta passione, bastando in breve che il disponente nel punto di far l' atto, manchi di ragione per qualunque causa.

Viceversa, sarebbe valido l' atto se il disponente nel farlo fosse stato nella pienezza delle facoltà, quando anche abitualmente fosse stato demente ed avesse avuto ad intervalli lo esercizio della sua ragione. — Così, la disposizione gratuita di tale stato, dipoi interdetto, e che notoriamente era già nello stato abituale di demenza per cui più tardi è stato interdetto, non potrebbe perciò solo annullarsi, non ostante l' articolo 503 (426), non applicabile nemmeno alla nostra materia, facendo come l' art. 504 (427) eccezione al comune dritto.

Spetterà ai tribunali decidere, in fatto e secondo le circostanze, se l'individuo fosse o pur no di sana mente quando faceva la sua disposizione.

II. — 487. Non sarebbe più necessario valutar le circostanze, e l'atto sarebbe forzatamente annullato, se il suo autore in-

(1) Rig., 26 marzo 1823; Rig., 22 nov. 1827; Agen, 7 maggio 1851 (Dev., 51, 2, 273).

nanzi di farlo fosse stato interdetto. Invano offrirebbesi provare che desso siasi fatto in un lucido intervallo, dappoichè, parlando legalmente, non vi ha lucidi intervalli nella interdizione: *in dritto*, lo interdetto non può essere *sano di mente*. Di più l' articolo 502 (425) dichiara indistintamente nulli *tutti gli atti* fatti durante la interdizione.

Alcuni scrittori non ammettono questa dottrina (1), allegando che i tre art. 502, 503 e 504 (425, 426 e 427) sono fra loro intimamente legati, e che non applicandosi l'ultimo alla nostra materia, non vi si deve nemmeno applicare il primo. Noi non abbiam compreso il valore di tale argomento. L' art. 502 (425) stanzia un principio di dritto comune, con dire che la interdizione, essendo la dichiarazione legale della demenza, trascina seco la nullità di tutti gli atti, senza la disamina dei fatti. L'articolo 504 (427), al contrario, detta una regola eccezionale al dritto comune, mantenendo in certi casi alcuni atti fatti da persone prive di senno. Or perchè alla nostra materia non si applica la disposizione eccezionale dell'art. 504 (427), evvi buona ragione, od anche un plausibile pretesto per pretendere che non possa applicarvisi il principio di dritto comune dell'art. 502 (425)?

I nostri avversari per uno strano abuso di parole traggono dal testo dell' art. 502 (425) un altro argomento che per noi non è serio. Questo articolo, dicono, parla ad un medesimo tempo della interdizione e della nomina di un consulente, per modo che se si volessero pigliare alla lettera e quasi comprendessero anche il testamento, queste parole *sarà nullo qualunque atto fatto posteriormente*, sarebbe incapace di testare non che l' interdetto, ma anche chi semplicemente è soggetto ad un consulente. Ma chi ha mai preteso chè le parole *qualunque atto* avessero per chi è soggetto al consulente, il medesimo senso che per l' interdetto? Nissuno certamente: egli è evidente per tutti che queste parole *qualunque atto* si applicano distributivamente alle due persone di cui parla l' articolo, e significano per l' interdetto tutti gli atti assolutamente, e per l' altro tutti gli atti che non può fare senza il consulente. Quindi questo ultimo potrà senza l'assistenza del consulente non solo far testamento, ma contrar matrimonio, riconoscere un figlio naturale, fare atti di amministrazione, ecc. Su di che non vi ha affatto dubbio.

Si dice in fine, che la interdizione è stata ordinata in vantaggio e per la protezione dell' infermo, che nell'interesse di lui sono assolutamente annullati i suoi atti, non potendosi allegare che vi sieno stati *lucidi intervalli*, e che di conseguenza si andrebbe in senso inverso della legge, ove si rivolge contro l' interdetto l' effetto dell' interdizione, annullando le liberalità da lui fatte. Ma non è esatto dire che l' interdizione sia pronunziata nel solo interesse dell' infermo; essendolo anche pei suoi eredi che sarebbbero spogliati da un testamento fatto nel disordine di sua ragione, e per altrui cattive pratiche; o se si vuole, per proteggere lo infermo contro un atto di ingiustizia che non sarebbe opera di sua ferma volontà. Ma quand'anche si volesse considerare il solo interesse personale dell'interdetto, l'argomento non sarebbe meno inconcludente; perchè se fosse vero che l'art. 502 (425), non regolasse questa materia, e il nostro art. 901 (817) fosse quindi per se solo tutta la legislazione su tal punto, allora, occupandosi esso articolo 901 (817) tanto delle donazioni fra vivi che dei testamenti, ne conseguiterebbe, che l'art. 502 (425) non sia applicabile nè al testamento nè alla donazione, giungendosi con ciò a questo strano risultamento, che la legge, a fin di *proteggere l'interdetto*, gli vieti di vendere, permutare, dare anche in affitto per tema che non faccia cattivi negozi, ma non gli impedisca di donare.

Gli art. 509 e 511 (432 434) sono quelli appunto i quali mostrano che l' articolo 502 (425) si applica sì agli atti gratuiti che agli atti onerosi. Difatti, se un interdetto deve assegnare al figlio la dote o

(1) Merlin, *Repert.*, *Testam.*, sez. 1; Dalloz, *Disposiz. fra vivi*, cap. 2, sez. 2; Coin-Delisle (n. 10).

dare un'anticipazione di eredità, la donazione secondo l'art. 511 (434) non può mai farsi, che dal suo tutore con previo l'avviso del consiglio di famiglia. L'art. 509 (432) dichiara essere l'interdetto rassomigliato al minore; ma questi non può far donazione (art. 903 (819)), ed egli non può nemmeno in principio far testamento (*ibid*); potendolo solo per eccezione, e per una sola metà di beni se conti più di sedici anni (art. 904 (820)). Or siffatta eccezione non può di certo applicarsi all'interdetto, che necessariamente non ha più senno nel decimo o quindicesimo anno che nel primo della interdizione, e che resta sempre soggetto alla regola proibitiva dell'art. 903 (819).

Questo argomento tratto dagli art. 511 e 509 (434 e 432) fece effetto a Coin-Delisle, il quale appartandosi da Merlin riconobbe, che la *donazione fra vivi* è vietata all'interdetto ed è attaccata di nullità dallo art. 502 (425). Ma non si può comprendere come il nostro dotto collega creda che il testamento possa sfuggire allo articolo 502 (425); imperocchè l'art. 903 (819) vieti al minore, e quindi allo interdetto tanto il testamento che la donazione, e la facoltà accordatagli dallo articolo 904 (820) di disporre di metà dei suoi beni sia una eccezione inapplicabile all'interdetto. D'altra parte, se il nostro articolo 901 (817) costituisce da se *solo*, come si dice e si è costretti dire, una legislazione a cui deve restare estraneo l'articolo 502 (425), è manifesto, che esso la costituisce tanto per il testamento che per la donazione (1).

III.—488. Essendo quistione se il disponente fosse o pur nò di sana mente nel punto di far l'atto, dovrà il disponente e i suoi eredi, creditori o altri aventi causa, provare la demenza, ovvero il beneficato dell'atto provare il contrario?

L'esercizio delle facoltà mentali essendo lo stato normale e la regola generale degli uomini, e la loro perdita essendo accidentale ed eccezionale, deve sempre presumersi la capacità del disponente per modo, che in principio, dovrà provare l'alienazione mentale colui che vuole di essa giovarsi. In generale dunque, e salvo le speciali circostanze di cui parleremo, spetta al disponente o ai suoi rappresentanti far la prova di ciò che allegano.—Ma se, al contrario, alcune speciali circostanze faccian presumere il disordine della mente, se l'atto abbia in se stesso i segni dello sragionare, se lo autore dell'atto era notoriamente in uno stato abituale di demenza, o se tale stato abituale, non essendo notorio, fosse d'altra parte giustificato; allora sarebbe cosa naturale al beneficato dell'atto far venir meno la presunzione, dando tali spiegazioni che facciano svanire le apparenze di demenza presentate dall'atto, o provando che lo stato abituale di malattia mentale abbia dato un intervallo durante il quale l'atto si è compito.

488 *bis*. Ora in che modo dovrebbe provarsi la demenza? con tutti i mezzi atti a dimostrarla, anche con la semplice prova testimoniale. Si è visto di sopra, n.° I. essere stata rigettata nel consiglio di Stato la disposizione del progetto che permetteva di provare la demenza con le condizioni e i mezzi indicati dall'articolo 508 (427).

La demenza dovrà dunque provarsi con testimoni, quand'anche il notaro che stendeva l'atto, avesse dichiarato che il disponente era o gli pareva sano di mente. I notari non debbono dimostrare autenticamente lo stato mentale di coloro di cui registrano le volontà; nè vi sarebbe quindi alcuna necessità di iscriversi in falso contro tale menzione, onde provare la demenza. Sarebbe diversa la cosa, se si volesse provare che il demente fosse in tale stato di imbecillità da non potere accoppiare due idee, e che un testamento pubblico che offre una serie di disposizioni savie e ben coordinate non raccertasse (come deve farlo secondo l'articolo 972 (897)), di essere stato dettato per intero dal testatore, al-

(1) *Conf.* Toullier (V-57) Grenier (I-104) Duranton (VIII-154 a 163) Vazeille (n. 5) Zachariae (V, pag. 14).

lora manifestamente s'impugnerebbe la veracità dell'ufficiale pubblico nello esercizio delle sue funzioni, quindi non si potrebbe essere ammesso a provarlo che con la iscrizione in falso.

Del resto, a quelli che vorranno provare la demenza non basterà mettere innanzi dei testimoni i quali stabilissero *in generale*, che il disponente era *folle*, ma bisognerà *articolare*, cioè indicare articolo per articolo, e singolarmente i fatti precisi che i testimoni stabiliranno, e dai quali tutti potranno i giudici convincersi della privazione delle facoltà mentali. Così l'art. 493 (416) vuole che per la interdizione i fatti di imbecillità, demenza, o furore sieno articolati per iscritto.

IV. — 489. Rigettando dal progetto la frase del nostro articolo che ammetteva la prova testimoniale della demenza del disponente non interdetto, dopo la morte di lui, sotto la condizione dell'art. 504 (427), cioè che l'interdizione sia stata provocata o che l'atto medesimo offra la prova della demenza, il consiglio di Stato ha pure registrato un'altra frase che dichiarava inammessibile la azione di nullità fondata sull'odio, la collera, la suggestione, o la captazione. Bisogna da ciò conchiudere che il legislatore abbia voluto ammettere come principio la nullità per queste diverse cause? Certamente no; il rigetto della frase che escludeva del tutto l'azione, non equivale ad una frase positiva, che l'ammetterebbe. Quindi deriva che tal punto resta soggetto al dritto comune, e debbonsi decidere le quistioni ad esso caso relative, secondo i principî generali e tutta intera la legislazione.

Pertanto non potrebbesi mai ammettere la nullità fondata sull'odio, o la collera, onde fu dettata la disposizione.

L'odio che il disponente può nudrire contro i suoi eredi legittimi, la collera che lo ha spinto a togliere loro i beni, son sentimenti che possono senza dubbio non essere ben giustificati, ma di cui egli al postutto non deve ad alcuno dar conto. L'autore di una disposizione non è mai obbligato ad allegarne i motivi, e molto meno a giustificarli; essendo egli capace, donando i beni disponibili nelle forme prescritte dalla legge, non si è in dritto di indagare il suo pensiero nè chiedergli ragione dell'uso fatto della sua libertà. L'azione *ab irato* non potrebbe dunque ammettersi oggidì, come lo era un tempo in molte consuetudini; in ciò sono tutti concordi.

L'atto potrebbe di certo annullarsi, se la collera avesse prodotto una momentanea privazione di senno: se non che l'annullamento allora si chiederebbe, non perchè l'atto fu scritto *ab irato*, ma perchè il disponente non avea sana la mente nel punto di farlo.

490. Che dire ora della suggestione e captazione? Vi è *suggestione* quando con l'ascendente che si esercita sull'animo di alcuno, o con tutti altri mezzi gli si fanno adottare idee, risoluzioni, che egli probabilmente da sè non avrebbe preso; vi è *captazione*, quando si riesce con qualsiesi mezzo ad attirarsi la benevolenza di alcuno ed ottenere da lui liberalità mosse dallo attaccamento che si inspira. Si comprende che i mezzi usati per *suggerire* le proprie idee ad un terzo e persuaderlo, o per *captare* la sua benevolenza, possono essere diritti leali, e per nessun modo biasimevoli, come, al contrario, possono offrire un carattere più o meno avanzato di frode. La nostra quistione deve risolversi distinguendo l'indole dei mezzi usati.

Non è certamente vietato nelle disposizioni gratuite, come nei contratti onerosi e in tutti gli atti della vita umana, di adottare le idee di un terzo, idee che forse non avremmo da noi soli concepite, ma che trovando giuste facciam proprie, per modo, che la suggestione la quale altro non è che la persuasione, non può essere per se causa di nullità. Non è illegale nemmeno procacciarsi la benevolenza di alcuno che può esserci utile ed anche nel fine di rendercela utile. Dippiù si conviene che la suggestione o la captazione, ove manchi la frode, non possono dar luogo ad una azione di nullità.— Ma se la suggestione o la captazione sono fraudolente, se con la men-

zogna e l'astuzia si è fatta prendere la risoluzione che spoglia gli eredi, se con colpevoli raggiri, indegne invenzioni, e false apparenze si son perduti gli eredi nello animo del loro parente, e preso il luogo loro; allora si può dire che l'atto di liberalità sia non la esatta espressione della volontà libera e vera del disponente, ma piuttosto di colui che l'ha fatto fare. Bisogna dunque riconoscere con gli scrittori e le decisioni che la suggestione e la captazione possono divenire una causa di nullità per errore, per dolo, essendo improntate di un alto grado di frode (1).

490 *bis*. Si comprende, del resto, che questa azione di così dubbio successo contro un testamento, sarebbe difficilmente ammessa contro una donazione fra vivi, in cui l'interesse personale del disponente rende tanto improbabile l'idea, che la liberalità gli sia stata estorta. La prova della suggestione o della captazione fraudolente dovranno farla sempre coloro che domandano la nullità. La prova potrebbe farsi con testimoni a patto (come per la demenza) di articolare e determinare in iscritto i fatti sui quali si proporrebbe far sentire i testimoni, e da tutti i quali dovrebbe rimaner convinto il magistrato.

902 (818). — Qualunque persona può disporre e ricevere per donazione tra vivi, o per testamento, eccettuate quelle che sono dalla legge dichiarate incapaci.

491. La capacità di disporre o di ricevere è il dritto comune, la regola generale; eccezione è l'incapacità. Di che segue che si posson dire incapaci coloro che son tali dichiarati da un testo positivo.

La capacità di disporre dicesi *attiva*; quella di ricevere, *passiva*.

Vedremo sotto l'art. 932 (856) in qual tempo debba esistere la capacità attiva per le donazioni. Quanto ai testamenti, essa deve esistere nel tempo che si fa l'atto, e in quello della morte del testatore, ma per diversa ragione nei due tempi: quindi in ordine al dritto di far testamento, la capacità è richiesta al tempo che si fa, e non già a quello della morte; quanto al dritto di trasmettere per testamento la tal quantità di beni, è necessaria al tempo della morte, e non quando si fa (vedi articolo 895 (815) (n. II).

903 (819). — Il minore che non è giunto agli anni sedici, non potrà in verun modo disporre come sopra a riserva di quanto è determinato nel capo IX di questo titolo.

904 (820) — Il minore pervenuto all'età di anni sedici non potrà disporre, eccetto che per testamento, e fino alla concorrenza solamente della metà dei beni che la legge permette di disporre al maggiore.

SOMMARIO

I. Il minore emancipato che non abbia compito i sedici anni, non può fare alcuna disposizione. Passati i sedici anni, egli può disporre solo per testamento di metà di ciò che un maggiore potrebbe donare. Quindi egli non potrebbe far donazione fra conjugi tuttoché dessa sia rivocabile.

II. La regola dei nostri due articoli costituisce uno statuto personale che determina la capacità del minore. Conseguenze.

III. Eccezioni a queste regole per le donazioni fatte dal minore al suo futuro conjuge nel contratto di matrimonio.

I. — 492. Il minore fino a' sedici anni è assolutamente incapace di disporre dei suoi beni; al di sopra de' sedici egli può disporre, solo per testamento, e di metà di ciò di

(1) Colmar, (8 agosto 1841, Rig. 22 dice 1841, Metz. 7 agosto 1849 (Herbelot); Agen, 7 mag. 1851; Metz., 5 luglio 1851 (Dev., 51, 2, 273; *J. P.*, 43, 1, 260.

cui potrebbe un maggiore, non importando se egli sia o pur nò emancipato. Quindi il giovanetto di quindici anni, anche emancipato, non potrebbe fare alcuna disposizione gratuita, come nemmeno lo potrebbe de' suoi mobili che altrimenti potrebbe alienare, essendogli ciò permesso come atto di amministrazione e pei bisogni di essa (vedi l' articolo 484 (407), n. II e la nota). Al contrario, il minore che ha più di sedici anni, sebbene non emancipato, potrà far testamento.

Il minore può far testamento, pervenuto che sia *all' età di sedici anni*, e non quando ha cominciato il suo sedicesimo anno. È necessario dunque che egli abbia compito i sedici anni, essendo fanciullo di *un anno*, chi è vissuto per un anno intero.

La disposizione per cui l' art. 904 (820) permette al minore di sedici anni di far testamento per la metà di ciò che un maggiore potrebbe donare, fa eccezione al divieto di disporre gratuitamente dettato dall' art. 903 (819); non sarebbe dunque lecito estender tal facoltà oltre i suoi termini. E sebbene la donazione fra conjugi durante il matrimonio si avvicini molto al testamento per la sua rivocabilità (articolo 1069 (1025)) non sappiamo come si potrebbe in faccia al testo positivo dei nostri articoli, dichiarare valida quella di un minore che conti più di sedici anni. È rigettata con ragione l' opinione contraria di Delvincourt e di Vazeille (1).

II. — 493. Vietando la legge al minore che conta più di sedici anni, di donare più della metà di ciò che un maggiore potrebbe, non determina la porzione disponibile, ma sì la sua capacità personale, siccome interdicendo a lui le donazioni fra vivi, o al minore che abbia meno di sedici anni qualunque gratuita disposizione. Dichiarando il Codice negli art. 913 (829) e seguenti che un proprietario potrà dare tal parte del suo patrimonio se ha un figlio, tale altra minore, se ne ha due, ecc. esso certamente non si occupa della capacità personale di lui; perchè in qual modo chi non ha figli diverrebbe personalmente *incapace* nascendogli un primo figlio, e più incapace per la nascita di un secondo? È dunque questa una quistione di disponibilità dei beni, e gli art. 913-915 (829-831) che la regolano, sono statuti reali (articolo 3 (5) n. IV.)—Qui al contrario, dichiarando i nostri articoli che il minore che abbia meno di sedici anni, nulla potrà donare, e che dipoi lo potrà per testamento, e fino alla metà soltanto di ciò che potrebbe nella stessa condizione donare un maggiore (unicamente perchè minore, e non abbastanza maturo di senno) la legge determina la capacità del minore, e fa uno statuto personale. Da ciò derivano importanti conseguenze.

Quindi se un minore facesse testamento innanzi che abbia compito i sedici anni, cioè essendo nella *completa incapacità*, il testamento sarebbe dalla radice nullo e come non avvenuto, e di conseguenza inefficace, quand' anche il suo autore morisse dopo i sedici anni ovvero essendo di maggiore età. Similmente, se un minore che abbia più di sedici anni facesse testamento per più di metà di quel che un maggiore nella medesima condizione potrebbe donare, il suo testamento che non esisterebbe legalmente per ciò che eccede la metà, sarebbe sempre ridotto alla metà, posto anche che il disponente morisse maggiore.

494. Da che i nostri articoli determinano la *capacità personale* del minore pei testamenti, mentri gli art. 913-915 (829-831) stabiliscono soltanto qual porzione di beni possa venir tolta alla famiglia, e quale debba rimanere a questi o quelli *eredi*, ne segue che la legge da cui sarebber modificati i primi nell' intervallo della formazione del testamento alla morte dello autore non si applicherebbe al testamento, dove bisognerebbe applicare ad esso quella legge che nel medesimo intervallo avrebbe modificato gli art. 913-915 (829-831). Una legge che modifica gli art. 913-915

(1) Toullier (V-925) Grenier (n. 461); Duranton (VIII-184); Coin-Delisle (n. 16); Parigi 10 novembre 1820.

(829-831) applicherebbesi al testamento già fatto, ma non peranche aperto al tempo di sua promulgazione; essendochè, siccome vedemmo sotto l'art. 895 (815), n. II la porzione disponibile vien determinata dalla legge dal giorno in cui si perfeziona la disposizione, in cui si trasmettono i beni. Così, un giovane di sedici a ventuno anno scrive il suo testamento sotto l'impero del Codice per tutto quello che ei può legare, e muore di poi (o tuttora minore, o maggiore, il che non monta, siccome abbiam veduto) lasciando due figli, posciachè è stato da una legge dichiarato che la porzione disponibile ove si abbiano due figli sarebbe di *metà* invece di un terzo (per il maggiore), il testamento di questo minore sarà valido per una metà di *questa metà*, cioè per un quarto invece di esserlo per la metà di un *terzo* o un sesto.

Ma, al contrario, non si applicherebbe al testamento di un minore la legge che sta *di mezzo* fra la formazione e la morte, ove essa anzichè accrescere la porzione disponibile, avesse esteso la capacità di lui. Così questo giovane, fatto il testamento sotto l'impero del Codice, muore sotto il vigore di una legge la quale dichiara che il minore può far testamento pei *due terzi* di ciò che può donare un maggiore; l'effetto del testamento non sarebbe meno ristretto alla metà di ciò che il maggiore può donare.—Difatti, il testamento non esistente legalmente che dentro quei limiti in cui ha potuto farsi; ora il testamento, nel punto di scriverlo non poteva farlo nè era *capace* che per la metà di ciò che fosse disponibile per un maggiore nel giorno in cui il testatore morisse.

Parimente, se un giovanetto di quindici anni, fatto testamento sotto il Codice, morisse (in qual siasi età) posciachè una novella legge avrebbe conferito il dritto di far testamento, per un quarto, per modo di esempio, ai minori di quattordici anni, non meno sarebbe nullo il testamento per lo intero; imperocchè sarebbe stato fatto da chi non ne avea dritto nè avrebbe avuto esistenza legale. Certamente, se i minori di cui discorriamo, avessero fatto un altro testamento dopo promulgate le leggi novelle, il nuovo testamento sarebbe stato perfettamente valido, pei due terzi (di ciò che può donare il maggiore (nella prima ipotesi, e per un quarto nella seconda; restando nullo per l'intero il primo testamento nell'ultimo caso, per lo eccesso della metà nel primo; e volergli applicare il beneficio delle leggi posteriori importerebbe far retroagire le leggi.

III.—495. L'assoluta incapacità di cui un minore, qual che ne sia la età, emancipato, o pur no è colpito per le donazioni fra vivi, soffre eccezione per le donazioni che vorrebbe fare nel contratto di matrimonio al suo futuro conjuge. Le quali donazioni, a cui allude l'articolo 903 (819) rimandando al capitolo IX del nostro titolo, sono tanto valide, quanto quelle fatte da un maggiore, purchè abbiano luogo con l'assistenza al coloro che debbono necessariamente consentire al suo matrimonio. È questa la disposizione formale degli articoli 1095 e 1398 (1049 e 1352).

905 (821 M).—La donna maritata non potrà far donazioni tra vivi senza l'assistenza o il consenso speciale del marito ovvero senza l'autorizzazione giudiziale, secondo il prescritto dagli art. 217 e 219 (206 e 208) del titolo *del matrimonio*.

Essa non abbisognerà del consenso del marito, nè della giudiziale autorizzazione a fine di poter disporre per testamento.*

496. L'autorizzazione maritale non doveva essere richiesta dalla moglie per fare il testamento che è l'opera della sola volontà del testatore, nè può effettuarsi che

* L'art. 821 delle leggi civili è così concepito: « La donna maritata non potrà far donazione fra vivi senza l'assistenza o il consenso speciale del marito, ovvero senza l'autorizzazione giudiziale permessa nel titolo del matrimonio ».

dopo la morte di lui. Di più dichiara il nostro articolo, come già l'art. 226 (215), che la moglie può far testamento senza l'autorizzazione del marito.

Ma la moglie non può far donazione fra vivi senza il consenso del marito, secondo l'articolo 217 (206), ovvero senza l'autorizzazione del magistrato, se il marito ricusa, o è interdetto, assente, o minore, conforme gli art. 219 222 e 224 (208 211 e 213). Del resto, da ciò che abbiam detto sotto l'articolo 217 (206), n. IV e dal testo stesso del presente scorgesi essere sufficiente autorizzazione l'assistenza del marito, il suo semplice concorso nell'atto senza alcuna espressa dichiarazione del suo consenso. Abbiamo egualmente veduto sotto l'articolo 225 (214), n. I, che gli atti fatti da una donna maritata, non essendo interamente nulli sotto il Codice civile, ma soltanto annullabili, sarebbero confermati da un atto posteriore di consenso del marito, che avesse luogo innanzi che l'atto fatto dalla moglie venisse rivocato; ora questa regola applicherebbesi anche qui, mentre il nostro articolo applica alle donazioni questo principio generale in materia di autorizzazione di donna maritata.

Abbiamo eziandio già detto (art. 217 (206)) che il dritto di vendere i mobili accordato alla moglie separata di beni dall'art. 1449 (1413) le è dato come conseguenza del dritto di amministrare, e pei bisogni dell'amministrazione; di che segue che la donazione di tutti o parte dei mobili fatta senza autorizzazione non sarebbe più valida di quella degl'immobili. La è questa la medesima regola che fu dettata per le donazioni dei mobili fatte dai minori emancipati, e di cui abbiamo parlato sotto l'articolo precedente, n. I.

497. Nel titolo del contratto di matrimonio faremo le osservazioni relative ai beni dotali, o dei quali il godimento dovrebbe riserbarsi al marito.

906 (822). — Per essere capace di ricevere per atto di donazione fra vivi, basta che il donatario sia concepito al tempo della donazione.

Per essere capace di ricevere per testamento, basta l'essere concepito al tempo della morte del testatore.

Ciò nonostante non potranno avere effetto nè la donazione nè il testamento, se il fanciullo non sia nato vitale *.

I. — 498. Il niente non può per nissun modo essere capace: *nihili nullae sunt proprietates*; l'essere non ancora concepito non può dunque ricevere alcuna donazione nè alcun legato.

Al contrario, colui che è concepito, sebbene, finchè non è nato non sia una persona, un membro della società, è dichiarato capace di ricevere secondo la benigna finzione che reputa nato il figlio concepito dove il suo interesse lo richiegga. *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. Nonpertanto, siccome il figlio che venisse alla luce in tale stato da non poter vivere, non dovrebbe essere nè sarebbe contato fra i membri della società (vedi art. 314 (236, n. II), la legge applica il beneficio della finzione al figlio concepito, a condizione che nascerà vitale.

Questa regola, che il beneficato della disposizione deve essere almeno concepito (e nascere poi vitale) per poterne profittare, non offre alcuna difficoltà per quanto riguarda il testamento; qualunque legatario dev' essere concepito alla morte del testa-

* L'articolo 822 delle leggi civili è così espresso:

Per esser capace di ricevere un atto di donazione fra vivi basta l'esser conceputo nel momento della donazione.

Per essere capace di ricevere con testamento, basta l'esser conceputo all'epoca della morte del testatore.

Sono eccettuate da questa regola le persone contemplate nelle sostituzioni fedecommessarie ne'casi permessi particolarmente dalla legge.

Ciò non ostante non potranno avere effetto nè la donazione, nè il testamento, se il fanciullo non sia nato vitale.

tore. La regola è sempre una, sia il legato universale, a titolo universale, o a titolo particolare, sia puro e semplice. Così, per modo di esempio, fatto un legato sotto la condizione che deve compirsi, molto tempo dopo la morte del testatore, il legatario deve esser concepito non già al tempo che la condizione si compie, ma sempre alla morte del testatore: qualunque legato è sempre scritto sotto la condizione *sine qua non* che egli vivrà alla morte del disponente. Quanto alla capacità considerata sotto altro aspetto che non sia la sua esistenza, riconoscesi da tutti, che essa basta egualmente alla morte del testatore nei legati puri e semplici o a termine, e al tempo del compimento della condizione (compimento posteriore alla morte) nei legati condizionali.

II.—**499**. Ma la regola incontra qualche difficoltà applicandosi alla donazione fra vivi.

Il donatario dev' essere capace *al momento* della donazione: ma qual'è il punto della donazione allorchè l'accettazione vien fatta con atto separato e posteriore? In questo caso deve il beneficato esser concepito fin dal giorno che si fa l' atto di donazione, che altro non è che una offerta di donare, una promessa, una pollicitazione; ovvero basta che lo sia nel giorno in cui la offerta è accettata in suo nome?

Coin-Delisle (n. 2) e Zachariae (n. 21) sostengono la prima idea, allegando che l' offerta sarebbe come non avvenuta se nel punto che si fa non esistesse quello a cui è fatta. Ma tal dottrina ci sembra troppo rigida: il contratto di donazione non si forma che con l' accettazione del donatario, e la donazione deve sortire il suo effetto, anche verso il donante, per tale accettazione (art. 932 (856)); ci sembra pertanto sufficiente, che il donatario sia concepito al tempo della donazione nel punto che il contratto si forma (1).

Ma nascendo il fanciullo poco tempo dopo l' accettazione della donazione, o l' apertura del legato, come si conoscerà se egli fosse o pur no concepito al tempo richiesto? Si applicherà qui la presunzione dell' articolo 312 (234)? Tal quistione è stata da noi negativamente risoluta, e noi rimandiamo alla discussione fattane nei n. II a VI dell' art. 725 (646 M).

500. La regola del presente articolo non riguarda certamente le sostituzioni fidecommissarie. In queste i chiamati non devono essere concepiti nè al momento che si fa la donazione, nè alla morte del testatore; bastando che lo sieno alla morte del gravato, sebbene essi sieno anche donatari o legatari del disponente, e non già del gravato. Non è questa propriamente una eccezione alla regola nostra, la quale è scritta solo per le liberalità dirette.—Ma una vera eccezione alla regola che riguarda le donazioni fatte per contratto di matrimonio ai conjugi e ai figli nascituri (V. articoli 1082 e seguenti (1038).

907 (823). — Il minore, ancorchè giunto agli anni sedici, non potrà disporre neppure per testamento in vantaggio del suo tutore.

Il minore, fatto maggiore di età, non potrà disporre per donazione tra vivi o per testamento, a vantaggio di quello che fu suo tutore, se non è stato preventivamente reso e liquidato il conto definitivo della tutela.

Sono eccettuati, nei due casi sopra riferiti, gli ascendenti dei minori, che attualmente siano o che furono loro tutori.

SOMMARIO

I. La nullità stanziata dall'articolo riguarda i soli tutori. Errore di Delvincourt. Ma li riguarda tutti, anche quello officioso.

(1) *Conf.*, Toullier (V-95); Maleville (n. 138 *bis*); Delvincourt, Duranton (VIII-223); Vazeille (n. 1); Demante (Temi, VII, p. 371); Dalloz (sez. II, n. 4); Poujol (n. 3).

II. Il minore può far testamento in vantaggio di colui che fu suo tutore, da che costui ha reso e fatto liquido il conto, e innanzi di aver pagato il residuo: dissenso con Coin-Delisle.—Il minore fatto maggiore non può disporre in prò di quello che fu suo tutore che sotto la stessa condizione. — Bisogna nei due casi che siensi consegnati i documenti da dieci giorni. — La prescrizione di dieci anni dal giorno della maggiore età permette la disposizione, come un rendimento di conto.

III. Estensione del divieto. — La presunzione di frode da esso stabilito non ammette prova in contrario. Esso si applica alle disposizioni rimuneratorie. — Esso non crea che una incapacità di ricevere , *e quindi non si applicherebbe se la capacità in caso di testamento fosse al giorno della morte: dissenso con Coin-Delisle.*

IV. Gli ascendenti per la loro sola qualità sono eccettuati da tale incapacità.

V. La proibizione non si applica a quelli che furono tutori dell' interdetto.

I.—501. Il nostro dritto antico dubitava siffattamente dell' ascendente sulla volontà dei donanti o testatori, da dichiarar nulle tutte le disposizioni gratuite dei minori in vantaggio dei loro tutori, curatori, custodi, soprantendenti, istitutori, precettori o pedagoghi; quelle dei minori divenuti maggiori a quelli che furono amministratori dei loro beni innanzi il diffinitivo rendimento dei loro conti, ed anche quelle fatte ai padroni dai loro domestici, o ai principali dai loro operai. Il nostro Codice, rigettata questa copia di nullità, ha creduto sufficiente la regola del nostro articolo, e la proibizione molto ragionevole, e per altro poco estesa, dell'articolo 909 (825).

Il nostro articolo dichiara il minore incapace di disporre in vantaggio del suo tutore (par. 1). e il minore fatto maggiore incapace di disporre a vantaggio di quello che fu suo tutore, se non è stato preventivamente reso e liquidato il conto (par. 2); ma a queste regole fa eccezione quando il tutore è uno degli ascendenti del minore, o del minore fatto maggiore (par. 3).

Quindi la nullità è diretta contro i *tutori* o presenti o di fresco usciti di ufficio. Dunque non si applicherebbe al semplice curatore che assiste soltanto il minore emancipato ; al consulente giudiziario a cui alcuno può esser soggetto per debolezza di mente o per prodigalità; ai membri del consiglio di famiglia, al consulente dato dal padre defunto alla madre, tutrice legale. E nè pur si applicherebbe al tutore surrogato, il quale è un sotto tutore e non amministra; e nemmeno al tutore *ad hoc*, che non ostante il suo nome non è vero tutore, ma semplice curatore destinato per uno speciale affare; non vi può esser dubbio nè per l' uno nè per l'altro, non essendo nemmen compresi nella proibizione sì larga dell' antico dritto (Pothier, *Donazioni fra vivi*, sezione I, art. 2, § 8). Con maggior ragione non si applicherebbe la nullità ai maestri di collegio o istitutori come vuole Delvincourt, non dovendosi estendere la severa eccezione del nostro articolo: « Qualunque persona, dice l' articolo 902 (818) può disporre e ricevere, eccettuate quelle che sono dalla legge dichiarate incapaci ». Allora unico e spediente sarebbe quello di fare annullare gli atti per suggestione o captazione fraudolente.

Ma la nullità riguarda qualunque tutore ; quindi non potranno alcuna cosa ricevere dal loro pupillo nè un protutore (art. 417 (338)), un contutore (art. 396 (318)), un tutore officioso (art. 361 (T) e seguenti). Ciò non ci sembra più dubbio per quest' ultimo che pei due primi, non essendo meno tutore chi ha assunto la tutela officiosa ; questi alle volte è incaricato ad un medesimo tempo della ordinaria tutela (art. 365 (T)); e in tutti i casi la sua qualità gli dà sull' animo del fanciullo uno ascendente maggiore di quello che non abbia il tutore ordinario.

II.—502. Esaminiamo adesso le due proibizioni dello articolo, e l' ultima eccezione che vi reca.

L' articolo vieta primieramente a quello che è al presente sotto tutela, di disporre per testamento a vantaggio del suo tutore: non avea bisogno di vietargli la donazione

fra vivi, essendosi stanziato un generale divieto dall' articolo 904 (820). Quindi dai sedici a ventuno anno, il minore resta rispetto al suo tutore in una incapacità così assoluta come quella che aveva innanzi i sedici anni secondo l' art. 903 (819). Ma che bisognerebbe decidere rispetto a colui che era stato tutore del minore? Così Pietro, stato mio tutore da più anni non lo è più, o per essersi scusato ed essere stato surrogato da un altro tutore, o per la mia emancipazione (art. 480 (403)); potrò io avendo più di sedici anni far testamento in vantaggio di lui?

Il testo del primo paragrafo è muto intorno a ciò, vietandomi soltanto di disporre per testamento in vantaggio del *mio tutore*, ma Pietro è *stato* e non è più tutore. Non si dica, come fa Coin-Delisle, (n. 15 *in nota)*, che, cessato l' officio, l' essere sottoposto agli interessi di pieno dritto (art. 474 (397)), e all' ipoteca legale (art. 2121 (2007)) fa sì che egli *non* abbia *perduto la sua qualità, e resti sempre tutore*. Che il nostro articolo non abbia questa idea si fa manifesto dal paragrafo 2° nel quale la legge, mentre ci dice, che il minore fatto maggiore è incapace di disporre in vantaggio di quello che fu suo tutore e non ha reso il conto, ha voluto dire non il *suo tutore*, *ma quello che fu suo tutore*; e il paragrafo 3° ha distinto gli ascendenti che *sono* o che *furono* tutori del minore.

La quistione adunque non può decidersi che per argomento del paragrafo 2°. Il minore, fatto maggiore, non può disporre in vantaggio di quello che fu suo tutore, se *non* è stato reso e liquidato il conto; egli quindi non può far testamento in vantaggio di colui che è stato suo tutore, se non che sotto tale condizione. Ma non è lecito andare più oltre, nè si può pretendere, come vuole Coin-Delisle (*loc. cit.*, n. 4), che quello che fu tutore abbia di più pagato al minore fatto maggiore, il residuo di cui potè rimaner debitore nel rendimento del conto.

503. Quello che è uscito di minore può disporre e per testamento, e anche per donazione fra i vivi, ma non in vantaggio di colui che fu suo tutore, se non quando questi abbia reso e liquidato il suo conto. Ma fa uopo che la disposizione sia stata preceduta dalla consegna dei documenti giustificativi dieci giorni almeno prima, siccome vuole l' articolo 472 (395) per la validità delle convenzioni? Duranton (VII, n° 199) crede di nò, perchè non lo chiede il nostro articolo, ma noi non potremmo essere dalla sua.

Ci sembra che la consegna sia richiesta dal ravvicinamento del presente coll'articolo 472 (395) che è intimamente con esso legato e mira ad impedire la sua violazione, siccome vien dichiarato da Duranton medesimo al numero 198; il testo medesimo del nostro articolo par chè lo voglia implicitamente, poichè un conto diffinitivo non può essere *liquidato*, che consegnati i documenti. È questa la sentenza di Coin-Delisle (n. 14).

Del resto l' azione del minore fatto maggiore contro quello che fu tutore, riguardo ai fatti della tutela si prescrive in dieci anni (art. 475 (398)) a contare dalla maggiore età; la mancanza di rendimento e liquidazione del conto non potrebbe impedire la liberalità che durante questo termine. Acquistata già la prescrizione, quello che fu tutore è al coverto da ogni azione, come se il conto avesse egli liquidato e pagatone il residuo, per modo che non ci sarebbe a temere più per parte sua alcuna frode, alcun ascendente che miri a sottrarlo dalle sue obbligazioni.

III.— 504. Bisogna ben valutare il rigoroso divieto del nostro articolo.

Primieramente, la disposizione fatta da un minore al suo tutore, e quella che un maggiore farebbe a colui che fu suo tutore, prima della liquidazione del di costui conto, sarebbe nulla, sebbene il tutore intendesse provare, o fosse anche certo, che non vi sia stata alcuna frode per parte di lui. Avendo la legge colpito queste disposizioni di una presunzione generale di frode, esse cadono sotto l' art. 1352 (1306) il quale dichiara « che non è ammessa pro- » va veruna contro la presunzione della

» legge, quando sul fondamento di questa » presunzione essa annulla certi atti ».

Non è men chiaro che la nullità si applica tanto alle liberalità rimuneratorie che a tutte le altre. Non si può dubitare del senso assoluto che il legislatore ha voluto dare alle nostre proibizioni, quando si raffronta il nostro articolo con l'articolo 909 (825), ove in uno espresso paragrafo si sottraggono alla nullità stanziata le disposizioni remuneratorie a titolo particolare.

505. Bisogna cogliere una idea più delicata. Secondo Coin-Delisle (n. 2 e 15) il nostro articolo, come gli articoli 903 e 904 (819 e 820) ai quali il nostro primo paragrafo si riferisce, detterebbe una regola di capacità pel *disponente*; stabilendo non una incapacità di ricevere, che colpisce i tutori, ma una incapacità *di disporre* che grava il pupillo. Da ciò seguirebbe che qualunque disposizione fuori le condizioni imposte dall'articolo non esisterebbe legalmente, e di conseguenza sarebbe sempre come non avvenuta, quali che fossero gli ulteriori avvenimenti. Così un legato fatto da un minore a chi al presente è suo tutore, e quello di un minore o di un maggiore per colui che fu suo tutore, e che non avrebbe liquidato il suo conto (e prima del decennio dal dì della maggiore età) sarebbe onninamente nullo, e quindi inefficace, posto anche che chi era tutore al tempo che si faceva il testamento, non lo fosse più, e il conto si fosse reso e liquidato (ed anche pagato il residuo), e in fine che fossero scorsi venti, trenta o quarant'anni innanzi la morte del testatore. Il legato sarebbe parimente nullo, sebbene una legge anteriore alla morte, ma posteriore alla formazione del testamento, avesse rimesso nel dritto comune, e dichiarato valide le disposizioni a vantaggio dei tutori. — Coin-Delisle ne dà per ragione, che il nostro articolo dice: il *minore* NON POTRÀ DISPORRE, e non gia il *tutore* NON POTRÀ RICEVERE.

Questa dottrina è inesatta. Primieramente abbiam veduto sotto l'articolo 3 (5) che la natura e i caratteri di una legge non possono determinarsi dalle parole, ma che bisogna, al contrario, fatta astrazion di esse, considerar le cose, o per riconoscere uno statuto reale sotto i termini che sembrano presentarne uno personale, o per riconoscere la incapacità di ricevere in una frase che offra a primo aspetto una incapacità di dare, o viceversa. La prova è nel nostro stesso capitolo; imperocchè, sebbene l'articolo 912 (828), oggi abrogato, dichiarasse che nissuno POTRÀ DISPORRE in vantaggio di uno straniero, invece di dire che lo straniero non potrà ricevere da alcuno, è riconosciuto anche da Coin-Delisle (art. 912 (828), n. 4) che questo articolo creàva una incapacità di ricevere nella persona dello straniero. Or, fatta astrazion delle parole, e riguardate le cose, non è egli evidente che la incapacità del nostro articolo è stabilita contro il tutore e non contro il minore? Difatti, un minore ha minore intelligenza, minor senno in faccia al suo tutore che rispetto a qualunque altro? un minore o un minore fatto maggiore ha più o men giudizio e merita maggiore o minor confidenza secondo che colui che fu suo tutore abbia reso o pur no il conto? Certamente nò. Ma il tutore, al contrario, ispiri o pur nò diffidenza, è o pur no sospetto, secondo che sia ancora e pur no, obbligato a rendere i suoi conti. Dunque il vizio produttore della incapacità è nel tutore anzichè nel pupillo; essendo così, la incapacità è stabilita contro il primo e non contro il secondo; è questo infatti, a dire di Coin-Delisle, il senso dell'ordinanza del 1539 donde ha origine il nostro articolo.

La verità della nostra dottrina *risulta* per altro dall'ordinamento generale del nostro capitolo. Il quale comincia dalla regola che è piuttosto una sanzione del dritto naturale, anzichè una creazione del dritto positivo, cioè che non si può disporre senza aver l'uso della ragione (art. 901 (817)). Passando poi alle incapacità (di disporre o di ricevere) create dal dritto civile, il Codice pone in principio, che qualunque persona è capace, se dalla legge non sia stata dichiarata incapace (art. 902

(818)); di poi si occupa *separatamente*: 1° della incapacità di *disporre* negli articoli 903, 904, 905 (819, 820, 821); 2° della incapacità di *ricevere* negli art. 906, 907, 908 (822, 823, 824), e tutti gli altri sino alla fine del capitolo.—Da ultimo è stato detto positivamente nel rapporto al Tribunato che il nostro articolo crea una incapacità *di ricevere* contro i tutori (Fenet, XII, p. 582).

Non si tratta qui dunque che della incapacità di ricevere; ed essendo incontrastabile e riconosciuto dallo stesso Coin-Delisle (art. 906 (822), n. 9) che onde ricevere per testamento è necessario sempre che il legatario sia capace nel giorno della morte del testatore, ne segue che il tutore, o colui che fu tutore raccoglierebbe il legato perchè la cessazione del suo uffizio, e la liquidazione del conto (o lo spirare di dieci anni dopo la maggiore età) si fossero effettuati innanzi che morisse il *pupillo*, o quello che tale era stato. Ne deriva egualmente che sarebbe valido il legato, se nell' intervallo dalla formazione alla morte, una legge avesse cancellato l' incapacità stanziata dal nostro articolo.

IV. — 506. L' eccezione del nostro ultimo paragrafo alle proibizioni dei due primi non offre alcuna difficoltà. Gli ascendenti, per la confidenza ispirata dalla loro qualità, possono ricevere non ostante che sieno tutori. Nè il nostro articolo vuole, siccome l' antico dritto, che essi non si fossero rimaritati.

V. — 507. Dobbiamo ora esaminare una ultima quistione, cioè se l' incapacità di ricevere stabilita dal nostro articolo debba applicarsi ai tutori degl' interdetti.

Osserviamo dapprima, non potersi fare quistione su la liberalità dello interdetto in vantaggio del suo presente tutore, essendo fatta da chi al presente è interdetto; or abbiam veduto che qualunque atto gratuito o oneroso fatto da uno interdetto è nullo, come fatto da chi è privo di senno, senza considerare se sia stato fatto in lucido intervallo (art. 901 (817), n. II).

Ma che ne sarà della disposizione fatta, tolta che sia la interdizione, in vantaggio di quello che fu suo tutore innanzi la liquidazione del conto? Coin-Delisle (numero 12) insegna che sia nulla, fondandosi sopra l' art. 509 (432) il quale dichiara lo interdetto pari al minore e soggetto alle regole stabilite per la tutela di costui. Tale idea non può nemmeno ammettersi, avvegnachè non trattiamo qui di un interdetto, ma di chi lo è stato e non lo è più, e la di cui condizione non è punto analoga a quella di chi fu minore.

Che la inesperienza di colui che fu minore, ed anche l' ascendente che sopra lui ha potuto avere un tutore abbian dettato misure eccezionali per proteggere il nuovo maggiore contro colui che fu suo tutore, ben si comprende; che non possa farsi alcuna convenzione fra loro prima della liquidazione del conto, che alcuna liberalità non possa farsi al tutore fino a quel punto, che le somme dovute al minore fatto maggiore portino interesse di pieno dritto senza domanda giudiziale nè speciale convenzione, tutto ciò ben si spiega e per la inesperienza del giovane negli affari e per la sospicione del tutore. Ma non si comprenderebbe che similmente avvenga fra colui che è stato interdetto e quello che è stato il suo tutore. Il primo da una parte è un uomo maturo che può conoscere gli affari così bene e forse meglio del tutore stesso; dall' altra parte, come eserciterebbe il tutore sull' animo di un infelice demente che punto non conosce, l'ascendente facile ad ottenersi sull' animo di un giovine? Non abbiamo qui nè il giovane ignorante, nè l' amministratore sospetto che han fatto dettare la regola del nostro articolo.—Avvertiamo, che un interdetto, a differenza del minore, può avere per tutore il conjuge o il figlio, cui la qualità rende così degni di favore come l' ascendente; se la legge quindi avesse voluto applicare i nostri divieti a coloro che furon tutori di interdetti, avrebbe certo preveduto il caso per eccettuarne il conjuge e i discendenti. Non può dunque accogliersi l' idea di Coin-Delisle.

908 (824). — I figli naturali non possono ricevere cosa alcuna, sì per donazione tra vivi, che per testamento, oltre quello che loro è accordato nel titolo delle successioni.*

508. Si è veduto cogli articoli 757 (674) e seguenti, che i figli naturali semplici, legalmente riconosciuti, han dritto nella successione dei loro genitori 1° ad un terzo, 2° o alla metà, 3° o a tre quarti di ciò che avrebbero avuto se fossero stati legittimi, secondo che concorrano con essi 1° discendenti legittimi, 2° ascendenti o collaterali privilegiati, 3° collaterali ordinarî; e che gli adulterini o incestuosi han dritto solo agli alimenti. A garentire la esecuzione di tali regole, il nostro articolo dichiara nulle tutte le disposizioni con le quali il padre o la madre assegnassero all' adulterino o incestuoso più degli alimenti, o al semplice naturale, più della porzione di sopra detta. E siccome questo articolo mira a confermare una parte del sistema delle successioni legittime, è dunque una legge reale, sebbene ordini una incapacità (ved. l'art. 3 (5), n. IV)).

508 *bis*. Il figlio non riconosciuto conserva la capacità di ricevere dai suoi genitori perchè in faccia alla legge egli è un estraneo per loro.

È pur manifesto che il titolo della successione nel quale si accorda qualche dritto ai figli naturali sopra la successione dei loro genitori, ha stabilito unicamente rispetto a questi la loro incapacità di non ricevere alcuna cosa, oltre quello che loro è accordato. Non si comprende che una Corte di appello abbia potuto giudicare (Besanzone, 25 giugno 1808) che il figlio naturale non possa ricevere alcuna cosa, nè per donazione nè per testamento, da *alcun parente* dei suoi genitori. Gli è troppo vero che l' articolo 756 (674) non gli accorda alcun dritto sulla successione legittima dei parenti dei suoi genitori, ma non

* Rescritto dei 22 giugno 1843:

« Si è preteso nei tribunali, che i figli legittimati per rescritto del Principe prendano dai genitori per atto tra vivi o per testamento ciò che è vietato loro di avere nelle successioni intestate. E son corse ormai in questo senso sentenze di tribunali e decisioni di gran Corti civili, comunque v'intercedesse un arresto di Corte suprema che proclama all' errore di diritto ed annulla taluna decisione.— Non vi era al certo materia di contendere secondo il senso letterale delle LL. Tutta la dottrina intorno alle successioni dei figli naturali contiensi ne' seguenti precetti. I figli naturali riconosciuti aver la metà o due terzi di ciò che otterrebbero se fossero figli legittimi, quando i genitori loro lascino figli legittimi, od altri congiunti; ed aver l'intero quando non sienvi successibili in grado (c. 674). Non poter essi acquistare dippiù per atto tra vivi, o per testamento dai genitori (c. 824). — La legittimazione per rescritto del Principe concedere i titoli di legittimità, ma non accrescere il loro dritto su' beni oltre quello che prendono i figli naturali (c. 256). — La quale dottrina non può non essere uguale e comune ai casi della successione testata ed intestata; perciochè quello è vietato per legge (massimamente quando sieno leggi di ordine pubblico) non può essere derogato dall'arbitrio dei privati. Nè abbiamo cangiato noi di usi e di giurisprudenza coi nuovi Codici, dalle antiche regole del patrio dritto. — Nel nostro diritto consuetudinario i congiunti del sangue non erano esclusi dai legittimati per rescritto; e nelle province in cui non imperavano le consuetudini lasciavasi ai legittimati medesimi dividere coi legittimi ciò che rimaneva dai beni, tolta pria la quota di riserva ai figli di giuste nozze. Ne' fedecommessi, *si sine liberis naturalibus et legitimis*, non rompevasi il fedecommesso pei legittimati per rescritto, nè succedevano essi ne' feudi; il che conserviamo anche ora pei maioraschi e per la nobiltà.

Le quali cose mostrano, come sia inopportuno per la materia trarre argomento dalle ll. romane: chè è troppo noto aver noi ritenuto di tali ll. ciò che adottammo per uso, a cui non ripugnano i nostri costumi: e la legittimazione per rescritto, secondo la sua istituzione, non esige facili condizioni per concedersi.— Quel che al certo dee porsi sopra ogni altro, è lo spirito delle ll. civili (miglior mezzo d'interpetrazione di ogni l.), che vuol favorire la causa delle giuste nozze, cui si nuoce sempre quando si rallenti il rigore della disciplina pe' figliuoli che non vantino queste origini. — Il Re (S. N.) cui è stata sommessa l' ampia discussione avuta su la materia, ha comandato che le cose innanzi avvertite fossero comunicate alle autorità giudiziarie, come censura alle sentenze e decisioni avvenute su la specie, e perchè valessero di norma per la generalità de' casi; onde si tenga fermo alla osservanza del principio unico ed assoluto delle vigenti ll. che i figli naturali riconosciuti sieno ovver no legittimati per mera grazia del principe, non possono in verun caso ricevere per atto tra vivi o per testamento, da' loro genitori, più di quello è ad essi attribuito dalla legge nella successione intestata, giusta l'art. 674 delle leggi civili.

è questa certamente una ragione perchè non ne possa ricevere liberalità. Al contrario, non essendogli accordata alcuna cosa, non è riguardo ad essi stanziata la incapacità di ricevere più di quello che gli è stato accordato. Del resto, nissuno ha seguito la strana idea della Corte di Besanzone.

Facciamo avvertire da ultimo, che i discendenti legittimi di un naturale defunto, essendo posti nel luogo e grado di lui, in ordine alla successione dei genitori che lo han riconosciuto (art. 759 (675)), sarebbero per conseguenza incapaci come esso di ricevere alcuna cosa oltre la porzione determinata. La Corte di Colmar non ha accolto questo principio, dichiarando valido (31 maggio 1825) il legato universale di una madre al figlio legittimo della sua figlia naturale dopo la di costei morte.

909 (825 M). — I medici, chirurgi, officiali di sanità e gli speziali che avranno curata una persona nel corso della malattia per cui sia morta, non potranno percepire verun vantaggio dalle disposizioni tra vivi o testamentarie fatte in lor favore durante il tempo della stessa malattia.

Sono eccettuate, 1° Le disposizioni rimuneratorie fatte a titolo particolare avuto riguardo alle facoltà del disponente ed ai servigi prestati;

2° Le disposizioni universali nei casi di parentela fino al quarto grado inclusivamente, purchè però il defunto non abbia eredi in linea retta, ovvero colui a favore del quale venne fatta la disposizione, non si trovi nel numero di questi eredi.

Le stesse regole si osserveranno rispetto ai ministri del culto. *

SOMMARIO

I. Incapacità di ricevere determinata dai paragrafi 1 e 4 dell'articolo. — A quali persone si applica. — Comprende gli empirici (Dissenso con Coin-Delisle) e i ministri dei vari culti (errore di Toullier).
II. È necessario che la disposizione si faccia durante la malattia nella quale si son prestate le cure, e di cui è morto il disponente.
III. Il divieto non può applicarsi al conjuge dell'ammalato. Quid *del matrimonio contratto durante la stessa malattia?*
IV. Prima eccezione per le disposizioni remuneratorie. Quid *se sono eccessive?*
V. Seconda eccezione fondata sulla parentela. La parola eredi *non è sinonima di* parenti : *dissenso con Duranton, Coin-Delisle e Zachariæ.*
VI. Confutazione della contraria dottrina.

I. — 509. I medici, i farmacisti ed anche i ministri del culto che hanno assistito alcuno nella malattia di cui è morto, sono dichiarati dal nostro articolo incapaci di ricevere da lui alcuna liberalità con disposizioni fatte durante la stessa malattia. — Fermiamo dapprima questa proibizione dei paragrafi 1° e 4° del nostro articolo; ed esaminiamo poi le due eccezioni alla regola dettata dai paragrafi 2° e 3°.

* L'art. 825 delle leggi civili è così concepito:
« I medici, chirurgi, ufiziali di sanità, gli speziali che avranno curato una persona nel corso della malattia della quale sia morta, gli avvocati che avranno consigliato e diretto il testamento, e gli ecclesiastici che avranno assistito in detta ultima malattia, non potranno trar profitto dalle disposizioni tra vivi o testamentarie fatte in lor favore, durante il tempo della stessa malattia.
« Sono eccettuate:
1° le disposizioni rimuneratorie fatte a titolo particolare, avuto riguardo alle facoltà del disponente, ed a' servigi ed assistenze prestate.
2° le disposizioni, ancorchè universali, ne' casi di parentela sino al quarto grado inclusivamente; purchè però il defunto non abbia eredi in linea retta, o, avendoli colui a favore del quale venne fatta la disposizione, si trovi nel numero di questi eredi ».
La Corte suprema di Napoli ha stabilito:
La incapacità degli ecclesiastici assistenti all'ultima malattia, non si estende al corpo morale cui appartengono, 1° agosto 1848.

E primieramente, le persone alle quali si applica il divieto, dice la legge, sono i dottori in medicina o chirurgia, gli ufficiali di sanità, i farmacisti e i ministri del culto.

La regola dunque in primo luogo riguarda quelli che esercitano l'arte della salute, e che per le cure prestate all'ammalato acquistano sopra di lui un ascendente che la legge crede sospetto. Ma fa uopo comprendervi gli empirici e tutti quei ciarlatani che fan mestiere di promettere chimeriche guarigioni, che alle volte il caso fa effettuare? Non dubitiamo dell'affermativa, malgrado il contrario avviso di Coin-Delisle (n.° 6); esercitando questi individui realmente, a modo loro, l'arte della salute, ed essendo anch'essi medici in fatto. Il loro carattere generalmente poco onorevole è certamente un argomento di più per averli in sospetto, e diffidare del loro disinteresse, e i mezzi eccentrici da essi usati, dan loro di ordinario un ascendente maggiore sull'animo dei malati si deboli da affidarsi a loro. Il solo argomento che si possa far valere, cioè che essi non sono legalmente medici, si rivolge anche contro di loro, dacchè essendo medici in fatto, la illegalità punibile della usurpata professione, anzichè sminuire, ravvalora i motivi del nostro articolo. — La decisione da cui pareva mossa la opinione di Coin-Delisle (1), non è per nissun modo opposta alla nostra dottrina; trattandosi di uno *studente* di medicina accorso da Parigi a Laval onde prestare le sue cure al benefattore che l'avea allevato e trattava come figlio; egli non era medico nè di dritto *nè di fatto*, nè faceva legalmente o illegalmente il mestiere o la professione di guarire i malati, e quindi la sua condizione, favorevole per altro, sfuggiva ai termini, come allo spirito del nostro articolo (2).

Nòi pensiamo parimente con Vazeille (n° 10) e con una decisione di Grenoble del 6 febb. 1830, che la proibizione comprende le levatrici, che sono pe' parti i veri uffiziali di sanità, e altresì le donne che senza titolo legale farebbero abituale mestiere di guarire. Ma noi riconosciamo con tutti, che la regola non si estende ai semplici infermieri.

Così, la proibizione è fatta nè più nè meno agli uomini e alle donne che professano legalmente o illegalmente l'arte della salute. Ma per esser dichiarata una persona incapace di ricevere, fa mestieri abbia *trattato* il malato cioè gli abbia prestato continue cure. Quindi il medico che fosse stato soltanto in una o più consulte, e il farmacista che avesse venduto i suoi medicamenti (come oggi si usa), non sarebbero compresi nei termini dello articolo, siccome è stato riconosciuto dalla Corte suprema (12 ott. 1812).

510. Per dichiararsi incapaci i ministri del culto debbono essi avere adempito verso il malato gli ufficii del loro ministero, e tali da esercitare uno ascendente sopra l'animo di lui. Eglino, di fatti, sono rassomigliati dal nostro articolo al medico *che ha trattato* l'ammalato; e siccome quello chiamato in una consulta non sarebbe colpito dalla incapacità, così il prete che avesse soltanto apprestato al malato la comunione o la estrema unzione, sarebbe capace di ricevere qualunque sorta di liberalità. Ciò è stato riconosciuto dalla Corte di Grenoble (16 aprile 1830) e dalla Corte suprema (18 maggio 1807) per un prete che aveva amministrato il sagramento di estrema unzione.

Ma bisognerebbe non adottare i motivi di ambedue le decisioni, la prima delle quali dichiara che il nostro articolo « si » applica al sacerdote che ha diretto la co» scienza dell'ammalato *nel tribunale della* » *penitenza*, » e la seconda sembra decidere che sia sufficiente qualunque ufficio del culto, ma che la Corte di appello abbia potuto dire che sacro uffizio non fosse amministrare la estrema unzione. È certo che il sacerdote che non sia confessore, può

(1) Rig., 24 luglio 1832; Devill., 32, 1, 503.
(2) Grenier (n. 126); Delvincourt, Toullier (V-68); Duranton (VIII-251), Vazeille (n. 8); Poujol (n. 5); Zachariae (V, p. 27).

dirigere la coscienza fuori il tribunale della penitenza , ma non è men certo che sia ufficio del sacerdote l'amministrare qualunque sagramento.

Non bisogna dunque tentare la conciliazione di queste idee contraddittorie e false dall'una parte e dall'altra ; è necessario fermarsi al pensiero comune delle due decisioni, cioè che si tratta soltanto di tale ufficio che diano al ministro un grande ascendente sull'animo dell'ammalato. Bisognerebbe soprattutto da queste decisioni non inferire, come ha fatto Toullier (V-70), che la incapacità risulti soltanto dalla confessione auricolare, nè possa quindi applicarsi che a sacerdoti cattolici; vi ha altre spirituali assistenze diverse dalla confessione auricolare , e la regola generale del nostro articolo è dettata sì pei ministri protestanti o pei rabbini giudei , che pei preti cattolici (1).

II. —511. Due condizioni richiedonsi perchè sieno colpite di nullità le disposizioni di un ammalato in vantaggio dei medici o dei ministri del culto che lo abbiano trattato od assistito : 1° che la disposizione siesi fatta durante la malattia nella quale si son prestate le cure , 2° che il disponente sia morto di quella malattia.

Quindi , la disposizione di una persona in buona salute, a vantaggio del suo medico ordinario o del suo confessore , resterebbe pienamente valida, malgrado che l'uno o l'altro abbiano poi assistito il disponente nella malattia di cui questi morisse. E sarebbe pur valida la liberalità a favore di tali persone fatta durante la malattia del disponente, se questi riavesse *la* salute; e resterebbe sempre valida, nonostante che il donatario o legatario prestasse novelle cure in una posteriore malattia di cui morisse il disponente. È necessario in breve , che la liberalità sia fatta in quella *malattia* di cui muore il disponente.

Deve essere pertanto annullata la disposizione fatta *durante la malattia* onde il disponente sia *morto*. Non ha dunque veramente violato la legge, ma presentatone una apparente violazione , la decisione di Grenoble, mantenuta dalla Corte Suprema, (9 aprile 1835) che dichiara valido il legato di un ammalato al suo medico nel 1820 al principio della malattia di cui egli di poi moriva, perche il trattamento di lui fu necessario, non allora che il male era men grave, ma dal 1824 al 1826 (2). Mantenere un legato che riconoscevasi fatto nella malattia che avea prodotto la morte, valeva pei suoi termini, violare la disposizione del nostro articolo. A conservare il legato in favore del medico il cui trattamento era divenuto necessario al 1824, facea mestieri dire, che la malattia era incominciata in quel tempo, e che fino allora era stata una indisposizione che non era ancora la *malattia di cui l' infermo era morto*. Tocca al giudice del fatto indagare, e dichiarare se il male di cui sia morto il disponente, debba considerarsi come una malattia distinta dal male che egli soffriva nel punto di far l' atto, o se ne sia la continuazione e un novellò periodo; se , in breve, i due stati debbano o pur nò, secondo le circostanze, riguardarsi come la malattia di cui il disponente sia morto.

512. Del rimanente si è censurato con ragione, quanto alla donazione fra vivi, la regola del nostro articolo che rende valida la disposizione per ciò solo che il disponente riacquisti la salute. Essa è giusta per il testamento, avvegnacchè questo atto rivocabile secondo il volere del suo autore, sia la espressione di sua volontà, dove egli lo lasci sussistere quando ha riavuto la salute e la sua libertà di mente. Ma come giustificare il Codice per la donazione la quale , riavutasi la salute , trovasi valida immediatamente e *irrevocabilmente*? Voi presumete che la donazione sia derivata dalla captazione (dichiarandola nulla se il suo autore muore sotto l'ascendente in cui

(1) Dalloz (cap. 2, sez. 8); Vazeille (n.7); Coin-Delisle (n. 20); Zachariae (V, p. 30).

(2) Il legato non era fatto direttamente al medico ma alla figlia di lui; se non che tal circostanza non altera la quistione, riputandosi il legato di pieno dritto fatto al padre per interposta persona (art. 911 (827)). Dev., 35, 450.

supponete di essere) e quando il donante riacquista la salute e ricupera la sua libertà, voi dichiarate valido l'atto coi suoi effetti ordinari, cioè con la irrevocabilità.

III. — 513. Tutti gli scrittori son concordi nel dire, che la proibizione del nostro articolo non è fatta per il medico e il ministro del culto che fosse il conjuge della persona che abbia disposto durante la malattia onde muore; e così è stato giudicato il 30 agosto 1808 dalla Corte suprema (1).

L'articolo 212 (201) impone a ciascun conjuge l'obbligo di assistere personalmente il proprio conjuge; colpirlo qui d'incapacità per aver prestato le sue cure al consorte, sarebbe lo stesso che punirlo d'avere adempito al proprio dovere.

D'altra parte, fra due conjugi la captazione, lo estremo ascendente di uno sopra l'altro che sovverte la libertà, non possono più temersi nel caso di malattia, e per le cure apprestate dal marito come medico o come ministro che nol sieno in tutte le circostanze della vita, in tutti i giorni, in tutti i momenti di effusione e di intima comunicazione. Dunque fra conjugi bisognava stanziare non una regola speciale al caso di malattia, o a questa o quella qualità di marito, ma bensì una regola generale, e di giornaliera applicazione onde prevenire gli effetti del grande ascendente di un conjuge sopra l'altro, e ciò ha fatto la legge. Se non che non potendo rendersi impossibili tutte le liberalità fra i conjugi, il Codice ha voluto prendere una sufficiente precauzione con dichiarare qualunque gratuita disposizione fra conjugi revocabile sempre a volontà del disponente, al pari dei testamenti (art. 1096 (1050)).

E quand'anche il matrimonio del medico o del ministro fosse avvenuto durante la malattia di cui la persona sia morta, e nel corso della quale si sieno fatte le liberalità, essendo valido il matrimonio e dovendo quindi produrre tutti i suoi effetti, le regole da noi indicate si applicherebbero sempre, come effetti del matrimonio. Questo principio però dovrebbe soffrire eccezione, provandosi dagli eredi del disponente che il matrimonio fosse stato contratto a fine di sfuggire alla disposizione del nostro articolo. In questo caso le liberalità non sarebbero meno annullate per morte dell'infermo; perchè la condotta infame di un uomo che ha stretto il più santo dei contratti, siccome un mezzo di effettuare i suoi vergognosi calcoli, non potrebbe sottrarlo all'incapacità che lo colpisce. Il principio e l'eccezione sono con ragione sanzionati dalla giurisprudenza (1).

514. Le disposizioni fatte nell'ultima malattia innanzi di contrarre il matrimonio, essendo fatte quando il matrimonio non esisteva, resterebbero sotto l'impero della legge proibitiva del nostro articolo.

IV. — 515. Stabilita la regola da noi già spiegata, il nostro articolo vi fa due eccezioni, la prima delle quali non offre alcuna difficoltà.

La legge dichiara i medici e ministri del culto capaci di ricevere liberalità rimuneratorie cioè in ricompensa di servigi prestati, purchè sien fatte a titolo particolare, e il loro valore sia in proporzione coi beni del disponente. Non è necessario che questi abbia scritto che la sua liberalità fosse *rimuneratoria*, o che la facesse *per ricompensare* i servigi prestati; non dovendosi considerare la qualifica dell'atto, ma sì la natura e lo scopo di esso che sarà sempre facile riconoscere dalle circostanze.

Quindi sarà valida la disposizione, non essendo universale o a titolo universale, nè eccedendo i limiti ragionevoli di una ricompensa. — Sorpassando tali limiti, bisognerebbe distinguere. Se non ostante la grande importanza, fosse riconosciuto che la disposizione sia realmente rimuneratoria, noi crediamo dover rimaner valida, e soffrir soltanto una riduzione. Ma se, al con-

(1) Noi parliamo di un conjuge medico o *ministro del culto*. Si sa, infatti, che se i preti cattolici non possono maritarsi, ben lo possono i ministri protestanti o israeliti.

(1) Rig. 30 agosto 1808. Parigi, 24 febbr. 1817 e 26 gennaro 1818, Rig., 11 gennaro 1820.

trario (malgrado la qualifica data di rimuneratoria) non fosse veramente una semplice ricompensa, e l'oggetto particolare da essa attribuito fosse una parte considerevole del patrimonio, non essendo più nella eccezione del nostro secondo paragrafo, ricadrebbe sotto la regola proibitiva del precedente.

V.— 516. Una seconda ed ultima eccezione vien presentata dal terzo paragrafo dell' articolo presente, ed è fondata sulla parentela del disponente col gratificato. Per conoscere quali persone possano profittarne, è necessario distinguere chi sieno gli eredi *ab intestato* del defunto. 1° Se il defunto non lasci *eredi* in linea retta, qualunque disposizione, anche universale, è valida a vantaggio del medico o ministro del culto che sia parente del disponente in quarto grado o in uno più prossimo. 2° Se il defunto lasci *eredi* in linea retta, la disposizione non può esser valida che fatta ad uno di essi.

1° Se il disponente non lasci eredi in linea retta, non essendovi allora riserva, egli può dunque donare o legare al medico o ministro, suo parente in quarto grado, tutto ciò che vorrà, anche l'intiero suo patrimonio. Quindi supponendo che il disponente, senza genitori nè discendenti, abbia per più prossimi parenti l'avo ed un fratello; la successione essendo allora devoluta non all'avo, ma al fratello (art. 750 (672)), il disponente non ha eredi in linea retta, e per conseguenza può dare tutto o parte del suo patrimonio all'avo (che è nel secondo grado), ad uno zio o ad un nipote (che sarebbero nel terzo) o ad un cugino (che sarebbe nel quarto) quantunque l'avo, lo zio, il nipote o il cugino fosse medico o confessore di lui. — 2° Ma se il disponente per suoi eredi abbia parenti in linea retta, non può fare la sua disposizione in vantaggio del medico o del ministro che quando questi sia per lo appunto uno di questi eredi. Così, avendo l'ammalato per eredi i suoi figli, non può disporre in vantaggio del medico o del ministro che sarebbe suo fratello; suo padre o suo nipote (tranne che quest' ultimo non sia figlio di un figlio premorto, dacchè allora sarebbe erede insieme coi figli, suoi zii e zie). Se il disponente ad un medesimo tempo abbia per eredi parenti diretti in una linea, e collaterali nell'altra, dividendosi allora il patrimonio in due successioni che hanno ognuna le proprie regole (art. 733 (T)) la disposizione in vantaggio del medico o ministro, parente in quarto grado, sarebbe nulla rispetto alla successione devoluta agli eredi in linea retta, ma valida nell'altra a cui son chiamati i collaterali. Così, il disponente che non abbia nè padre, nè madre nè discendenti, ma soltanto l'avo e l'ava paterni, ed uno zio materno, potrà disporre in vantaggio del medico o ministro, suo cugino, della metà dei beni che forma la successione devoluta allo zio. Se egli avesse il padre ed un fratello, siccome allora il collaterale ha dritto a tre quarti e l'erede in linea retta ad un quarto soltanto (art. 751 (T)), la disposizione in vantaggio del cugino sarebbe valida pe' tre quarti.

517. Duranton (VIII-256) Coin-Delisle (n. 16 e 17) e Zachariae (V. p. 28) non intendono siccome noi questo terzo paragrafo del nostro articolo. La parola *eredi*, secondo essi, significa parenti; cotalche 1°, il medico o ministro parente in quarto grado, non potrebbe ricevere che quando il disponente non avesse alcun parente in linea retta (il che sarebbe più severo che nel senso nostro); 2° quando il disponente avesse parenti in linea retta, eredi o pur nò, basterebbe che fosse uno di questi per poter raccogliere. Quindi nell' ipotesi sopra riferita che un disponente lasci un avo ed un fratello, egli avendo un parente in linea retta non potrebbe donare alcuna cosa ad un collaterale del quarto grado (zio, nipote, cugino od altro); ma 2° nella ipotesi già pur detta che un ammalato abbia per eredi i suoi figli, egli potrebbe disporre in vantaggio di un nipote, o del padre, o dell' avo, in breve di qualunque discendente o ascendente purchè sieno *parenti* in linea retta.

Non si potrebbe ammettere questa inter-

petrazione: 1° perchè contraria al testo della legge che non parla di *parenti*, ma di *eredi;* 2° perchè la capacità di uno a prender certi beni, non deve permettersi o impedirsi per la esistenza o non esistenza di un parente che non abbia alcun dritto sopra di essi ma solo per la esistenza di uno *erede*, di un parente chiamato a raccoglierli. Di più Duranton (n. 255) e Coin-Delisle (n. 15) onde decidere e con ragione, che la eccezione non si applichi a questi parenti si fondano su ciò che l' art. 909 (825) tratta della trasmissione dei beni, e che i semplici parenti non han dritto ad essi; 3° in fine perchè l' interpetrazione da noi combattuta mena a strani assurdi. Difatti, nell'ipotesi che un ammalato abbia un avo ed un fratello, la presenza del parente in linea retta (che non può nulla pretendere) sarebbe di ostacolo a qualunque liberalità non solo in vantaggio di uno zio, o di un cugino, ma anche di un *fratello*, non essendo questi parenti in linea retta. Quindi il fratello a cui appartiene la *intera successione* di cui nissuna cosa può aver l'avo, sarebbe incapace di ricevere per donazione o testamento *alcuna parte di beni*, non per altro che per la presenza dell' avo che nulla può pretendere!!!

VI. — 518. Questo falso sistema sembra essere derivato dall' essersi voluto trovare fra la teoria dell'articolo 907 (823) e quella del nostro art. 909 (825) una analogia maggiore di quella che realmente ci sia.

« Nell' articolo 907 (823), si è detto, i tutori son dichiarati sospetti ed incapaci di ricevere come qui i medici e ministri del culto ». Ma da che l'art. 907 (823) eccettua assolutamente da tale incapacità gli ascendenti per la loro sola qualità, la legge dunque ha dovuto qui eccettuare del pari gli ascendenti ed anche i discendenti per una ragione per lo meno eguale. Essendo qui la legge men severa che nell' art. 907 (823) (estendendo alle volte la sua eccezione fino ai semplici collaterali) non può credersi che abbia voluto restringere questa medesima eccezione rispetto ai parenti in linea retta, e questi debbono quindi restare « sempre ed assolutamente capaci ». I nostri scrittori mossi da tali idee che son del tutto inesatte, hanno esaminato il nostro terzo paragrafo. Senza dubbio il legislatore avrebbe potuto fare la eccezione del nostro articolo, come l' altra dell'articolo 907 (823) ma non l'ha fatto.

Nell'art. 907 (823) la legge pone la sua eccezione per il solo riguardo della persona, non esaminando altre circostanze, nè pur volendo conoscere a chi avrebbero dovuto trasmettersi i beni *ab intestato;* l'ascendente perchè tale sarà capace della donazione o del legato, senza indagare se egli dovesse raccogliere tutti i beni della eredità, ovvero la metà, o solo un quarto, o pur nulla. Qui, al contrario, la legge considera ad un tempo la persona in se stessa, e rispetto agli altri parenti che coesistono ; e tratta insieme della qualità della persona, ed altresì del posto che occupa nell'ordine successorio rispetto agli altri membri della famiglia. Non occorre dunque attaccandosi all' *una* delle idee, mentre il Codice da *tutte e due* prende le mosse, far le maraviglie che un ascendente capace nell' articolo 907 (823) (sebbene il suo discendente lasci prole) sia qui incapace. Imperocchè, dacchè uno zio, capace in principio, e che potrebbe togliere a quel parente più prossimo (un fratello, per esempio) *la intera successione*, diviene incapace nè può ricevere *alcuna frazione* di essa successione, essendovi un discendente od anche qualunque ascendente, si spiega che l'ascendente il quale sarebbe capace in principio, divenisse parimente incapace in faccia al discendente. Nè si dica nemmeno che la legge non ha dovuto presumere la captazione e temer la frode nella linea retta. Si farà sempre la stessa risposta; trattando o pur no il nostro articolo della captazione per parte di uno zio, di un nipote, di un fratello secondo esistano o pur nò eredi in linea retta, è ben semplice che ne tratti o pur no per parte di un erede in linea retta, secondo esistano o pur nò altri eredi della stessa linea preferiti al primo.

519. — A provare che le parole *eredi in linea retta* significano qui tutti i parenti di essa linea, eredi o pur nò; Coin-

Delisle pretende che tali parole sieno in opposizione ai parenti collaterali, i *soli* secondo lui, di cui intende parlare la legge nel principio del paragrafo. Nel suo sistema, le parole: « nel caso di *parentela* fino al 4° grado » significherebbero nel caso di parentela *collaterale* fino al 4° grado. Questo secondo cambiamento al testo del nostro paragrafo è indispensabile per dargli il senso adottato dai signori Coin-Delisle, Duranton e Zachariae. Or per istabilire questo preteso ristretto senso della parola *parentela*, Coin-Delisle fa osservare che nel Codice, i vantaggi attribuiti alla linea retta non ricevono in nissuna parte una limitazione in qualunque grado. Ma questa considerazione non potrebbe aver alcun risultamento, stante che la limitazione che non esisterebbe in generale e in questi e quei casi, potrebbe sempre esser posta in un caso particolare; d' altra parte moltissimi articoli attribuiscono agli ascendenti del *primo* grado certi vantaggi che son limitati al primo grado, e non passano mai agli ascendenti più remoti (Ved. art. 748 a 751, 754, 384, 211 (671 a T, T, 298 T), ecc.). — Coin-Delisle aggiunge che se le parole « *nel caso di parentela fino al 4° grado* » si applicassero alla linea retta come alla collaterale, formerebbero un CONTROSENSO con la frase incidente « *purchè il defunto non abbia eredi in linea retta*; » perchè, egli dice, se il donatario appartiene alla linea retta, non si può dire di un modo assoluto che il defunto non lasci eredi in questa linea. Siffatto argomento veramente non si comprende. L' idea sarebbe vera contro i nostri avversari i quali dicono che la parola *eredi* significhi *parenti*. In vero, se *erede* significa *parente*, basterà che *parentela* significhi soltanto *parentela collaterale*; essendo evidente che sarebbe contro il buon senso il dire che la disposizione sarà valida in *vantaggio dei parenti in linea retta* o collaterali, purchè il defunto *non abbia parenti in linea retta!* Quindi l'argomento sarebbe ottimo *contro* Coin-Delisle e Duranton e ci servirà. Ma che può significare contro la nostra dottrina nella quale si pretende che *eredi* significhi semplicemente *eredi?*

In che vi ha senso contrario nel dire che la disposizione sarà valida in vantaggio *dei parenti in linea retta* o collaterali purchè il defunto non abbia *eredi* in quella linea? Non può il defunto lasciare più *parenti* nella linea retta senza esservi un solo erede?

Adunque nel sistema da noi combattuto evvi il senso contrario, o per dir meglio l'assurdità, la quale vi sarebbe ancora quando pur si ammettesse, come vuole Coin-Delisle, che la parola *parentela* significhi soltanto *parentela collaterale*.

In effetto, il nostro paragrafo presenta tre proposizioni, una principale, e due incidenti che dalla prima dipendono. Or la principale indica per quali persone possa farsi la disposizione; se essa si riduce a parlar di parenti collaterali, divien manifesto che alcuna liberalità non sarà *mai* permessa ai parenti della linea retta (mentre nel contrario sistema, si vuole che questi parenti sien capaci assolutamente e sempre); e dall' altra parte, siccome la terza proposizione suppone una liberalità che dovendo esser nulla in forza della seconda, diviene valida perchè fatta ad un parente in linea retta, si dovrà ritrovare una assurdità ravvicinando la terza colla prima proposizione. Per convincersene basta vedere il nostro terzo paragrafo mercè le due indicate modificazioni. Eccolo: « Sono eccettuate le disposizioni universali, nel caso di parentela *collaterale* fino al 4° grado, purchè il defunto non abbia *parenti* in linea retta tranne che quello in di cui vantaggio la disposizione è stata fatta non sia del numero dei parenti, » in altri termini: « Le donazioni saranno valide quando il donatario sarà parente collaterale fino al 4° grado, purchè il disponente non abbia parenti in linea retta, o purchè, se ne ha, che questo donatario *(parente collaterale)* sia egli stesso parente *in linea retta!* » Eccoci caduti da Cariddi in Scilla, e questa dottrina non può per nissun verso ammettersi (1).

(1) Delvincourt, Toullier (V-66), Grenier (n. 127), Vazeille (n. 2), Demante (II-258).

910 (826). — **Le disposizioni tra vivi o per testamento in vantaggio degli spedali, dei poveri d'una comune, o di stabilimenti di pubblica utilità, non avranno effetto se non in quanto che saranno autorizzate da un decreto del Governo.***

* Concordato del 1818.

Art. 15. — La Chiesa avrà il dritto di acquistare nuovi possedimenti, e qualunque acquisto faccia di nuovo sarà suo proprio, e goderà dello stesso diritto che le antiche fondazioni ecclesiastiche.

Questa facoltà s' intende da oggi innanzi e senza che sarà di pregiudizio agli effetti legali delle leggi di ammortizzazione che sono state in vigore finora, ed alla esecuzione delle suddette leggi anche in futuro pe' casi non ancora consumati e per le condizioni non ancora verificate.

Art. 27. — La proprietà della chiesa sarà sacra ed inviolabile nei suoi possessi ed acquisti.

Rescritto dei 22 giugno 1819 ordinato pubblicarsi e comunicarsi alle autorità giudiziarie di Sicilia li 28 luglio 1822. — Dichiara che le disposizioni contenute negli articoli 826 e 861 della prima parte del Codice per lo regno delle due Sicilie non derogano in niente alla disposizione contenuta nello art. 15 del Concordato.

Decreto 4 aprile 1830. — 1. I notai de' nostri reali domini dovranno dare notizia al sindaco ed al giudice di circondario o al supplente del giudice nel comune della loro rispettiva residenza, di ogni disposizione che con atti tra vivi, o di ultima volontà, da essi rogati, o presso di loro depositati, fosse fatta in favore dei poveri, dei luoghi pii laicali, o degli stabilimenti di beneficenza. — La notizia ne sarà data con semplice lettera di ufficio. — 2. Sotto la denominazione di stabilimenti di beneficenza e di luoghi pii laicali s'intendono gli ospedali, gli orfanotrofii, i conservatori, i ritiri, i monti di pegni, di maritaggi e di limosine, i monti frumentari, le arciconfraternite, le congregazioni, le cappelle laicali, e finalmente tutte quelle istituzioni, legati ed opere che sotto qualunque denominazione e titolo si trovano o saranno addette al sollievo degli infermi, degl'indigenti, e dei proietti. — 3. I giudici di circondario, o i supplenti nei comuni per mezzo del rispettivo giudice trasmetteranno immediatamente al procuratore del Re presso il tribunale civile della provincia o valle le notizie loro date da' notai; questo funzionario ne darà subito comunicazione al rispettivo consiglio degli Ospizj. I sindaci adempiranno altrettanto direttamente coll'Intendente come Presidente dei consiglio degli Ospizi. — Rimarrà poi a carico dello stesso consiglio il richiedere ai notai rispettivi le copie degli atti di cui potrà aver bisogno, pagandone loro i corrispondenti diritti nel tempo in cui è permesso al notaio di estrarle. — 4. I notai dovranno adempire la obbligazione loro imposta coll' articolo 1. del presente decreto fra il termine di otto giorni, da computarsi, pe' testamenti per atto pubblico, per le donazioni e per gli altri atti tra vivi, dal giorno della loro stipulazione; — pe' testamenti olografi o mistici, dal giorno in cui seguirà il deposito presso il notaio conservatore. — I notai dovranno ritirare rispettivamente dal sindaco e dal giudice di circondario, o suo supplente comunale, i quali non potranno negarsi di rilasciarlo, il riscontro della notizia a' medesimi data per ogni pia disposizione, e dovranno inoltre alligare tale riscontro allo atto corrispondente nel protocollo. — 6. I notai che ometteranno di adempire quanto è loro imposto cogli articoli 1, 4 e 5 del presente decreto, saranno puniti colla sospensione non minore di un mese, nè maggiore di sei mesi. — In ogni caso i notai saranno responsabili de' danni ed interessi che avranno cagionato colla loro omissione. — 7. La Camera notariale di ciascuna provincia o valle nella visita annuale dei protocolli de' notai dovrà assicurarsi specialmente dello adempimento da parte de' notai, di quanto è prescritto a *loro peso* col presente decreto, e promuovere, ove ne sia il caso, le convenienti misure disciplinari a carico de' contravventori, dando intanto notizia delle pie disposizioni rimaste occulte al Consiglio per mezzo del procuratore del Re presso il tribunale civile da cui dipende.

Rescritto dei 30 dicembre 1831. — Ordina che per mezzo del ministero di G. e G. sieno comunicati gli ordini a tutti i notai perchè rogandosi da essi degli atti *inter vivos* o di ultima volontà che contengono largizioni ed acquisti a favore della Real Commissione di beneficenza, sieno tenuti di darne avviso alla detta R. Commissione.

Rescritto 9 ottobre 1842. — Considerato essere un atto di Sovranità il commutare la volontà de' defunti nel foro esterno, ordina rescriversi a' delegati in Napoli e in Palermo che l'*exequatur* alle carte pontificie, intorno alle dimande di commutazione di volontà de' defunti per legati pii si debba interporre quando già pria abbia S. M. concesso il sovrano beneplacito sulla commutazione che s' implora.

Rescritto 30 aprile 1851. — Sulla considerazione di essere frequenti i casi ne' quali la legge attribuisce alla dimanda l' effetto di operare l' attuazione di un diritto, dichiara che la Sovrana autorizzazione ne' termini degli articoli 826 e 861 delle leggi civili produrrà i suoi effetti legali dal giorno che gli amministratori de' corpi morali l' avranno dimandato e notificata tale dimanda ai donanti, od agli eredi del testatore giusta gli articoli 836, 895 e 968 leggi civili, e che dopo la notificazione suddetta in pendenza del sovrano beneplacito, gli amministratori potranno agire presso i giudici competenti per tutti gli atti conservatori.

Rescritto del 14 gennaro 1852. I notai debbono far conoscere alla real commissione di beneficenza in Napoli, giusta il decreto dei 14 aprile 1830, le disposizioni tra vivi o di ultima volontà in favor della medesima, che si contenessero in atti da essi rogati.

Decreto 21 maggio 1852. — 1. Le istruzioni annesse al presente decreto intorno al regime dell' opera di Terra Santa in Sicilia, sono da noi approvate. — I notai dei nostri reali domini oltre il Faro dovranno dare notizia al sindaco, ed al giudice di circondario, o al supplente del giudice, nel comune della loro rispettiva residenza, di ogni disposizione, che con atti tra vivi o di ultima volontà da essi rogati e pre-

520. I comuni, gli stabilimenti pubblici, le corporazioni ecclesiastiche o laicali, qualunque società d' individui che formi un corpo morale, sono in principio, capaci di ricevere per donazione o per testamento. Ma perchè non sien loro fatte eccessive liberalità a pregiudizio delle famiglie, tali disposizioni non possono eseguirsi che con previa autorizzazione. La quale, particolare per ciascuna disposizione, viene in generale accordata dal capo del Governo; ma quando la disposizione ha per obbietto denaro, mobili o derrate non eccedenti il valore di 300 franchi, l' autorizzazione è data dai prefetti a cui da una ordinanza del 2 aprile 1817 ne fu delegato il potere che prima apparteneva ai sotto prefetti. Il principio di capacità generale da noi indicato vien ristretto per le comunità religiose di donne alle quali non si possono donare o legare immobili che a titolo particolare (legge del 24 marzo 1825).

Nel nostro articolo si tratta soltanto degli stabilimenti o società che abbiano legale esistenza. La disposizione in vantaggio di una società non autorizzata dal Governo sarebbe certamente nulla, non potendo il nulla esser capace di ricevere. Ma ciò non toglie che si faccia la liberalità in vantaggio di questa o quella persona di cui si compone la società, come in vantaggio di qualunque altra.

911 (827). — Qualunque disposizione a vantaggio di una persona incapace, sarà nulla, ancorchè venga celata sotto la forma di un contratto oneroso, o che venga fatta sotto nome d' interposte persone.

Saranno considerate interposte persone, i padri, le madri, i figli e discendenti, ed il consorte della persona incapace.

SOMMARIO

I. La liberalità fatta ad un incapace non può esser validata perchè si celi sotto la forma di un atto oneroso, o si facci sotto nome di interposte persone.—Spetta a provar la frode a colui che la allega.

II, Quando la legge la presume di pieno dritto.

I. — 521. Essendo capace di ricevere la liberalità quello a cui si fa, la legge non trova male che gli sia fatta celata sotto la forma di un contratto oneroso o sotto nome d' interposta persona che figuri nell' atto come il reale beneficato, mentre non è se non l' organo fra colui che dà e quello che deve ricevere. Ma quando mercè l' apparenza di un atto oneroso o un' interposta persona si fa la liberalità a chi sia dichiarato

se di loro depositati, fosse fatta in favore della detta pia opera. — A tale uopo rimangono applicate all' opera di Terrasanta tutte le disposizioni contenute nel real decreto dei 4 aprile 1830 per simili largizioni in favor de' poveri, dei luoghi pii laicali, e degli stabilimenti di beneficenza, se non che, invece di dirigersi le comunicazioni dal rispettivo procuratore regio, come vien prescritto negli articoli 3 e 7 dello stesso decreto, al consiglio degli ospizi, debbano queste farsi al real delegato dell' opera del valle nel cui ambito ha avuto luogo la pia disposizione.

Decreto dei 18 maggio 1857.

Art. 1. Le disposizioni tra vivi o per testamento a favore delle chiese, delle corporazioni ecclesiastiche e dei beneficii ecclesiastici di qualunque natura avranno pieno effetto, senza che occorra la preventiva Nostra autorizzazione Sovrana.

Per le rinunzie ad eredità vi è bisogno della preventiva nostra autorizzazione sovrana.

Art. 2. I notai saranno tenuti di dare notizia delle nuove disposizioni di simil natura agli ordinarî diocesani direttamente e senza l'intermezzo di altre autorità, e per tutt' altro a tenore di quanto viene a' notai ed alle camere notariali prescritto col real decreto dei 4 di aprile 1830. I medesimi ordinarî diocesani ne informeranno subito, pe' nostri reali dominî al di qua del Faro, il Ministro per gli affari ecclesiastici; e pei nostri reali dominî al di là del Faro, il nostro Luogotenente generale, che ne trasmetterà l' avviso al nostro ministro segretario di Stato per gli affari di Sicilia.

Tali notizie saranno a noi rassegnate.

Rescritto dei 20 maggio 1857.

Nel consiglio ordinario di Stato del 18 del corrente mese S. M. (D. G.) si è degnata ordinare, che la riduzione, assoluzione, o commutazione di volontà per un qualunque legato pio, non potrà esser valida, senza l' approvazione pontificia, da chiedersi dagl'interessati dopo ottenuta la sovrana autorizzazione ne' modi di legge.

incapace di riceverla, questa frode alla legge non potrebbe render valido un atto che quella proibiva.

Colui che vorrà impugnare l'atto dovrà provare che esso sotto l' apparenza di un contratto oneroso celi una liberalità, o che la liberalità non si faccia realmente a colui che appare beneficato. Duranton (VIII, 267) ha notato su questo punto l' errore di Delvincourt, il quale pretende che perciò che un atto oneroso in apparenza sia stato fatto con chi era incapace di ricevere gratuitamente, ne derivi una presunzione di frode che la parte contraente deve distruggere, provando la verità dell' atto. Non è così; essendo io incapace di ricevere gratuitamente da tal persona, non era men capace di contrarre con esso lei, ed offrendosi l'atto nei limiti della nostra capacità, nè presumendosi la frode, spetta o voi che l' impugnate, la prova che desso non sia reale.

Quindi dovranno provare la allegata simulazione coloro che impugnano l'atto, o sia celato sotto la forma di un contratto oneroso, o sia fatto sotto nome di interposte persone. Essi potranno farlo con tutti i mezzi possibili, o con iscritture (una carta privata, una lettera missiva, ecc.), o con testimoni od anche con le semplici presunzioni che la coscienza del magistrato indurrà dalle circostanze (art. 1359 (1307)).

II. — 522. Ma v' ha un caso preveduto dal nostro articolo in cui la legge medesima pone la presunzione che la liberalità sia fatta allo incapace, quando cioè la persona interposta che figura nell' atto sia il padre, la madre, il conjuge o uno dei discendenti di quello. E siccome è questa una presunzione sul di cui fondamento la legge annulla l'atto, ne deriva che non si sarebbe mai ammesso a provare che non esistesse la presunta frode od anche che non potesse esistere (art. 1352 (1306)).

Tal severa presunzione di frode non potrebbe certamente estendersi oltre i suoi termini: quindi nè si potrebbe applicare ad altri ascendenti che non sieno il padre e la madre, nè a fratelli o sorelle, nè alla persona che viva in concubinato con l' incapace (come Delvincourt ha preteso) nè pure, come voleva Grenier (n. 133), alla persona che l' incapace deve da vicino sposare sebbene la sposasse di poi; basterebbe una di queste circostanze onde provare la frode. Ma gli è pur manifesto che viceversa la disposizione debba sortire il suo effetto con tutta la latitudine consentita dai suoi termini; si applicherebbe quindi al padre, alla madre o ai figli naturali o adottivi e al conjuge separato di persona.

523. Senza dire, del resto, che la presunzione legale di interposte persone non potrebbe esistere se nel punto che si fa l' atto fosse morto lo incapace il di cui apparente beneficato fosse il padre, la madre, il conjuge o i discendenti. La Corte di Colmar adunque ha ben giudicato con dire che non poteva esservi interposizione in un legato universale fatto da una donna, dopo la morte di una sua figlia naturale, al figlio legittimo di costei; se non che il testamento non doveva meno soffrir la riduzione essendo diretto a un legatario incapace, perchè il figlio rappresentava la madre, figlia naturale, nella successione della defunta (Ved. la spiegazione dell' articolo 908 (824) in *fine)* Diciamo che la liberalità fosse in tal caso *soggetta a riduzione*, cioè nulla per lo eccesso soltanto di ciò che viene accordato al figlio naturale dal titolo delle *successioni*, e non già per lo intero: il nostro articolo, difatti, dichiara nulla la disposizione perchè fatta in vantaggio di *un incapace ;* ora il figlio naturale o il suo rappresentante non è incapace per la porzione che ci può ricevere.

Basterebbe secondo il nostro avviso, nel caso di testamento, che lo incapace (il di cui apparente legatario sia il padre, il conjuge, ec.) esistente nel giorno che si fece il testamento, fosse morto innanti la morte del testatore e che questi avesse conosciuto la sua morte. In dritto, la disposizione non si è effettuata che alla morte del testatore, cioè in un tempo che più non esisteva quello che si pretenderebbe essere legatario effettivo in fatto, il testatore ha mantenuto il suo progetto quando sapeva morto

incapace, in che modo dunque si direbbe che lo apparente non sia il vero legatario, anzi la persona interposta?*

912 (828 M).—Non *potrà farsi alcuna disposizione a favore di uno straniero, se non nel caso in cui questo straniero potesse disporre a vantaggio di un Francese.***

N. B. — Questo articolo, siccome abbiam veduto sotto l' art. 726 (647), è pienamente abrogato dalla legge del 14 luglio 1819.

CAPITOLO TERZO

DELLA PORZIONE DISPONIBILE DEI BENI E DELLA RIDUZIONE.

524. Il Codice, regolata nel precedente capitolo la capacità di disporre gratuitamente, determina in questo su quali beni, su qual parte di patrimonio possa quella capacità esercitarsi.

La legge, in vero, siccome più volte abbiamo già detto, divide il patrimonio di ognuno in due parti, disponibile l' una a libito nostro, di modo che può trasmettersi agli eredi legittimi o a donatari o a legatari; l' altra riserbata forzatamente ad alcuni eredi. Evvi dunque nel patrimonio di ognuno una porzione disponibile, ed altra indisponibile o riserbata; il Codice negli articoli che seguono ditermina la porzione disponibile (e di rimbalzo, quella riserbata).

Quindi il capitolo precedente si è occupato delle *persone che possono o pur nò donare;* questo tratta *dei beni*, *delle cose che possono o pur nò essere donate:* l'uno ci ha dato, in generale, statuti personali;

* ***Non è nulla una liberalità di un ristretto usufrutto fatta a persona dichiarata dalla legge interposta.***

Proudhon. — Una liberalità in usufrutto non dovrebbe affatto essere dichiarata nulla, per ciò solo che il donatario fosse nel numero delle persone, che nei casi ordinarii sono riputate interposte per far pervenire il dono ad un incapace; dappoichè havvi una vera interposizione di persona concertata con lo scopo di far passare l' obbietto della donazione fra le mani e sul capo di un altro, quando la cosa donata è per se medesima trasmissibile, il che non avviene nel dritto di usufrutto.

È senza dubbio per questo motivo che, sotto il rapporto della mancanza di capacità la legge dichiara nulla la donazione di una rendita vitalizia, nel caso in cui il donatario è per sè medesimo incapace di ricevere.

Noi diciamo — per ciò solo, ec. — perchè se si trattasse di un usufrutto considerevole i cui vantaggi oltrepassino di gran lunga i bisogni del donatario, in tal caso potrebbe secondo le circostanze esservi luogo alla presunzione della legge, essendo possibile che il donatario avesse nel suo superfluo di che arricchire più o meno la persona incapace.

Ma nel caso di *un ristretto godimento a vita*, come in quello di una semplice pensione di alimenti non crediamo che la presunzione d'interposta persona sia ammissibile, e debba render nulla la liberalità.

Proudhon, trattato dell'usufrutto vol. 1. cap. 1, n. 14, quistione quinta.

Giudicato per tanto dalla Corte suprema di Napoli.

Non solo il legato di proprietà ma anche quello del semplice usufrutto fatto alla madre del figlio naturale riconosciuto, è considerato come fatto a persona interposta, e quindi nulla per incapacità — 3 aprile 1851.

Non sono nulle le donazioni rimuneratorie fatte alle persone dichiarate interposte.

Teulet — sull'articolo 911 (827), n°. 11. Si applicheranno sempre all' art. 911 (827) le due eccezioni ammesse sull' art. 908 (825). Così le donazioni rimuneratorie fatte a titolo particolare avuto riguardo al patrimonio del disponente e ai servigi resi, sfuggiranno alla nullità che risulta dalla interposizione di persona.

Conformi Delvincourt e Vazeille.

Non sono nulle le donazioni larvate fatte alle persone che son capaci.

Troplong Donazioni e testamenti (n. 730). Circa alle donazioni larvate sotto la forma di un contratto oneroso fatte a persone capaci di ricevere, egli è riconosciuto oggi che son valide, attesochè è permesso fare indirettamente ciò che direttamente si può fare.

** L'art. 828 delle leggi civili è così espresso: « Il nazionale potrà disporre a favore di uno straniero, purchè tra le due nazioni vi sia diritto di reciprocazione, e salve le eccezioni, che per transazioni diplomatiche potrebbero aver luogo.

questo contiene statuti reali. (Ved. articolo 3 (5), n. III, IV e V).

Coin-Delisle incorre dunque in errore e confonde due cose ben distinte, con dire nelle sue *osservazioni generali* su questo capitolo (n. I) che « il Codice passa qui alla più importante limitazione della capacità di disporre; » che « le espressioni di *riserba e porzione indisponibile* che sembrano sinonime e che vanno spesso confuse nell' uso; offrono la differenza del genere alla specie; che « per il minore che conta meno di sedici anni, tutti i beni sono indisponibili quand' anche non ne avesse riserbati, non potendo di alcuna cosa disporre, » ecc.

Si confonde qui la *capacità* delle persone con la *disponibilità* delle cose.

I beni del minore che conta meno di sedici anni non sono colpiti di *indisponibilità;* ma la persona di *incapacità*: non sono i beni *che non ponno essere donati;* ma la *persona che non può donarli;* i beni son perfettamente disponibili, ma la persona è incapace. Al contrario il maggiore che ha un figlio non è incapace di donare la seconda metà dei suoi beni; ma la è questa metà indisponibile; non è la persona che non può donare, ma la cosa non può essere donata; la persona è perfettamente capace; ma la metà dei beni è indisponibile. Senza alcun dubbio essendo nel proprietario incapacità di disporre, la cosa quindi non può esser donata; siccome essendo indisponibile la cosa, il suo proprietario non può donarla: la incapacità è rispetto alla indisponibilità, come la incapacità di ricevere alla incapacità di donare; perchè gli è pur manifesto che se Pietro non può ricevere da Paolo, questi non può nemmeno donare a Pietro, e *viceversa*. Ma non è questa una ragione per confondere la incapacità di donare con quella di ricevere, nè massime la incapacità della persona con la indisponibilità della cosa, nè per rovesciare da capo in giù la distinzione così capitale, così importante nelle sue conseguenze, delle leggi personali e reali (*Leggete i n. sopraccitati, dell'art. 3 (5)*).

525. Non ci ha dunque beni indisponibili che i riserbati; e quando è impossibile donare una cosa non riserbata, ciò avviene non per la indisponibilità della cosa, ma per la incapacità della persona. Quindi, anzichè essere la porzione *riserbata* una specie di cui il genere fosse la indisponibile, l' una cosa è precisamente l' altra; queste espressioni sembrano e sono realmente sinonime; e nell' uso si confondano, e devono confondersi, esprimendo una sola e medesima idea; la confusione fra la indisponibilità della cosa e la incapacità della persona, che qui bisogna accuratamente schivare per gli errori teoretici e pratici che trascinerebbe, è stata per lo appunto fatta da Coin-Delisle.

Quindi il nostro capitolo non fa alcuna limitazione alla capacità di disporre, di cui in alcun modo non tratta. Del resto non si occupa che della porzione disponibile in generale e pei casi ordinari. Sappiamo, difatti, che la porzione disponibile pei figli naturali è stata precedentemente diterminata dagli art. 757, 759, 762 e 908 (674, 575, 678 e 824) e che vi ha pure fra i conjugi una porzione disponibile speciale che sarà indicata dagli art. 1094 e 1098 (1048 e 1052).

526. La legge ditermina nella prima sezione la porzione disponibile (il che fa conoscere a *contrario* la *riserbata)* e stanzia diverse regole relative a tal materia. Nella seconda ed ultima sezione dichiara soggette a riduzione le liberalità che eccedano la porzione disponibile, e regola da chi possa esser domandata la riduzione, come si eserciti, e quali ne sieno gli effetti.

SEZIONE PRIMA

DELLA PORZIONE DISPONIBILE DEI BENI

913 (829).*— Le liberalità, tanto per atto tra-vivi, che per testamento, non potranno oltrapassare la metà dei beni del disponente, quando questi morendo non lasci che un figlio legittimo; il terzo, se lascia due figli, il quarto, se ne lascia tre od un numero maggiore.

914 (830). — Sono compresi nell'articolo precedente sotto nome di figli, i discendenti in qualunque grado essi siano; ma non si contano però che per quel figlio che rappresentano nella successione del disponente.

SOMMARIO

I. La riserva stabilita qui per a contrario *della porzione disponibile appartiene a tutti i legittimi discendenti. Ma questi non si contano che per quel figlio da cui derivano. Errore di Lavesseur.*
II. La riserva è dovuta ai figli legittimi e adottivi. Rimando.
III. È dovuta anche in proporzione dei suoi dritti al figlio naturale: errore di molti scrittori. Rimando pel calcolo da fare in tal caso.
IV. Bisogna essere erede perchè si abbia dritto alla riserva.—Confutazione di una celebre decisione della Corte di cassazione.
V. I figli che rinunziano nan si contano per determinare la riserva. Censura della dottrina contraria professata specialmente da Coin-Delisle. Confutazione della risposta di Saintespès-Lescot.
VI. Gli assenti non si contano nemmeno, ma possono essere rappresentati

I.—527. Questi due articoli indicano la porzione disponibile di quello che per suoi eredi lascia discendenti; e quindi ci danno a conoscere la riserva dei discendenti.

La porzione disponibile è la metà o un terzo o un quarto di tutti i beni che l' autore lascia morendo o di cui ha disposto per testamento o per atti fra vivi (art. 922 (839)); cotalchè la riserva è la metà o i due terzi o i tre quarti. È la metà se il defunto lascia un sol figlio; due terzi se due, e tre quarti se più. I figli morti naturalmente o civilmente sono surrogati dai discendenti che essi han potuto lasciare, i quali anche succedendo di proprio dritto e senza rappresentazione non si contano mai che per quel figlio onde son venuti.

Così per esempio un padre, dopo mortogli l' unico suo figlio, muore lasciando per suoi eredi i tre figli del figlio; questi nipoti del defunto domandando anche la eredità nel nome lor proprio, e non come rappresentanti del loro padre predefunto, non potrebbero pretendere una riserva di tre

* La Corte suprema di Napoli ha fermato i seguenti principî:
La quantità della legittima si calcola secondo le leggi vigenti alla morte di colui della di cui eredità si tratta.—Si può però regolare secondo quelle vigenti all'epoca del testamento, ove si tratti d'indagare la volontà del disponente. 13 aprile 1826.
La legittima si calcola sul valore dell' asse al tempo della morte. 23 giugno 1827.
Secondo le attuali leggi la legittima è una porzione dell'eredità, e quindi il legittimario dee soffrire i pesi in proporzione. 12 febbraro 1828.
L'azione a conseguire la legittima, non preparata dal figlio, non si trasmette agli eredi estranei di lui. 14 gennaro 1832.
Alla quota di riserba non si può succedere che con la qualità di erede. 6 febbr. 1832 (cam. riun.).
La quota di un legittimario si accresce agli altri, quando il medesimo muoja prima di conseguirla. 20 giugno 1833.
Le monache rinunzianti durante la vita del padre non fanno numero nella legittima. 5 ag. 1839.
Chi col testamento ha ricevuto meno della legittima, può agire per supplemento, nè perciò occorre che sperimenti la querela d'inofficioso. 24 agosto 1839.
Il padre può donare al figlio alcuni fondi determinati. Questa donazione non può impugnarsi col pretesto di essersi prelevati con la donazione i fondi migliori. 8 luglio 1845.

quarti facendosi contare per tre, ma soltanto una di metà non contando che per un sol capo.

528. Questa soluzione non è censurabile se i nipoti succedessero con la rappresentazione, dacchè allora eglino avrebbero i dritti di colui che rappresentano (articoli 739, 743 (660, 665)); e d'altra parte il nostro art. 914 (830) è ben formale intorno a ciò. Per la successione diretta la difficoltà non potrebbe esser grave. In effetto non si concepirebbe che un padre il cui figlio abbia più figli, vedesse assottigliarsi nelle sue mani la porzione disponibile per la morte del figlio? Quando io non ho più figli, la legge dovrebbe anzi permettermi di donar di più che costringermi a dar di meno, e sarebbe meglio fondata la domanda di quelli i quali direbbero che i nipoti succedendo di proprio dritto non possan pretendere una legittima, che quella che vorrebbe loro attribuire una riserva maggiore di quella dovuta al loro padre, figlio proprio del defunto. Ma tali due cotraddittorie pretensioni son rigettate dal testo medesimo del nostro articolo, ove accuratamente si analizzi. In vero, l'articolo dice dapprima, che la parola *figli* nel precedente articolo comprende i discendenti in qualunque grado sieno. Eccoti dunque tutti i discendenti chiamati alla riserva dalla prima parte dell' articolo senza distinguersi se succedano o pur nò per rappresentazione; or di questi discendenti (succedano o pur no senza rappresentazione) parla il secondo periodo delle frase, dicendo *che essi non saran contati che per un figlio*. Non bisognerebbe dunque, come ha fatto un solo scrittore (Levasseur, *Porzione disponibile*, pag. 26) inferire da queste parole « il figlio *che rappresentano* » che sol quando vi ha rappresentazione propriamente detta i figli son contati per un sol capo, perocchè l'intimo legame delle due parti dell' unica frase trarrebbe allora a questo risultamento, che sia pur necessaria la rappresentazione perchè i discendenti sieno ammessi alla riserva. Riconoscendosi adunque che la prima parte della frase parla di tutti i discendenti che *rappresentano o pur nò* il loro padre, fa mestieri riconoscere che il verbo rappresentare è posto qui nel suo senso volgare qual sinonimo di *surrogare*, e che la legge significa per quel figlio *da cui son venuti*.

II. — 529. L'articolo 913 (829) parla di soli figli *legittimi*; la quale espressione se comprende i figli legittimi propriamente detti, e i legittimati, i quali hanno i medesimi dritti come se fosser nati dal matrimonio onde loro è derivata la legittimazione (articolo 333 (255)), non comprende parimente gli adottivi. Ma costoro se non son compresi nei termini dei nostri articoli insieme ai figli del sangue, non ne hanno però meno i medesimi dritti essendo loro conferito da un altro testo tutti i dritti ereditarî del figlio concepito durante il matrimonio, ed essendo ereditario il dritto di far rientrare i beni donati nella eredità per prenderveli come se non ne fossero usciti. Questo punto è stato da noi stabilito al n° II dello articolo 350 (274).

Premorendo l'adottato pria dell'adottante o rinunziando questi alla successione di quello, od esclusone per ragion d'indegnità, i discendenti legittimi dell' adottato avrebbero la medesima riserba di lui sopra la eredità dell' adottante; ma non apparterrebbe tal dritto agli *adottivi* dell' adottato. Restringendo l' articolo 350 (274) il dritto successorio dei figli adottivi all'eredità dell'adottante, e dichiarando di non estendersi a quello degli ascendenti o altri parenti anche legittimi di lui, con più ragione un adottato non potrà succedere al padre puramente adottivo del suo adottante.

III. — 530. I figli naturali hanno egualmente dritto alla legittima? Chabot (articolo 756 (674), n. 17)) ha sostenuto e la Corte di Rouen (31 luglio 1820) giudicato la negativa; ma tale idea non può essere accolta.

In effetto il dritto del figlio naturale sulla successione di quelli che l'han riconosciuto, non è calcolato di un modo assoluto e indipendente, ma stabilito come una porzione del dritto del figlio legittimo; esso ha dunque di necessità la natura stessa di

quest' ultimo nè può differirne che nella minore estensione (art. 757 (674)). Dunque il figlio naturale potrà pure domandare in una men larga proporzione tutto ciò che potrebbe il legittimo (una riduzione, una collazione, ec.). Ma il figlio naturale ha dritto secondo i casi al terzo, alla metà, o ai tre quarti di ciò che avrebbe un figlio legittimo; ma questi non ostante qualunque disposizione fra vivi o di ultima volontà avrebbe sempre una certa porzione di beni *riserbatagli* dalla legge; dunque il figlio naturale avrà pur sempre il terzo, la metà o i tre quarti di tal porzione. Non v'ha cosa di ciò più chiara; onde tutti gli scrittori han rigettato l' idea di Chabot.

Quattro però (Maleville, Toullier, Delvincourt e De Laporte) si sono alquanto avvicinati a Chabot dicendo che il figlio naturale non potrebbe prendere la sua legittima che sopra i beni legati, e non sopra quelli donati fra vivi. Ma tal sistema di transazione non era da sostenersi: dappoichè essendo il dritto del figlio naturale dell' indole stessa di quello del figlio legittimo, ed una frazione di esso, negare al primo la riduzione delle donazioni per la sua legittima frazionaria, è lo stesso che negarla all' altro per la sua intera riserba. Questo bastardo sistema è stato confutato con energia dallo stesso Chabot e Toullier nella sua seconda edizione è tornato alla dottrina generale degli scrittori sanzionata anche dalla giurisprudenza (1).

E dacchè il dritto del figlio naturale ha la stessa indole di quello del figlio legittimo, che esso ha questo per tipo, e che gli è del tutto identico (salvo che si esercita per una frazione di ciò che il figlio legittimo avrebbe) è dunque evidente, non ostante la contraria dottrina del più degli scrittori, che il figlio naturale potrà far ridurre le donazioni anteriori al suo riconoscimento, come le posteriori. Ciò è evidente diciamo, perchè il figlio legittimo può far ridurre le donazioni anteriori alla nascita e al suo concepimento, come le altre. È di nissun momento la obbiezione che il figlio naturale acquisti solo diritti dal suo riconoscimento; dacchè il figlio legittimo non potrebbe avere nemmeno alcun dritto prima di essere concepito (2).

531. I figli e discendenti legittimi del figlio naturale ove premorisse il padre loro hanno una riserva sui beni del di costui padre naturale; essendo essi chiamati a rappresentarlo dallo art. 729 (652). Ma questi discendenti a differenza di quelli del figlio adottivo potrebbero domandare questa riserba succedendo per rappresentazione, non essendo loro permesso dall'articolo 759 (675) di succedere di proprio dritto al padre naturale del loro autore.

532. Esamineremo più innanzi (art. 916 (832)) come debba calcolarsi la riserva del figlio naturale o dei suoi rappresentanti.

IV. — 533. Bisogna essere erede cioè accettare la successione del defunto, per aver dritto alla riserva? Sotto l' art. 845 (764), num. II), abbiamo risoluto affermativamente questa, che non dovrebbe esser quistione, promettendo di confutare quì la opinione erronea e già da assai tempo abbandonata, che la Corte di cassazione ha fatto rivivere con la trista decisione del 17 maggio 1843.

Questa decisione veramente inesplicabile ha prodotto i tristi effetti che se ne dovevano attendere; e mentre le Corti di appello si sarebbero ben presto rese uniformi, se la Corte suprema avesse conservato la sua prima giurisprudenza, la sola vera, elle sono oggi più che mai divise intorno a sì importante quistione, e molte loro decisioni resistono a questa

(1) Corte di cassaz. 26 giugno 1809, 14 agosto 1811, 26 novembre 1811, 27 aprile 1830, 28 giugno 1831; Tolosa, 15 marzo 1834 (Devill., 31, 1, 279; 34, 3 537).

(2) Gli scrittori che professano l' opinione da noi combattuta sono: Chabot (art. 756 (674), n. 20); Merlin (*Rappr.*, alla parola *Ris.*, sez. 4, n. 9); Grenier (II-665); Toullier (IV-263); Favard (*Rappr.*, parola *Succ.*, sezione 4. § 1, n. 12); Loiseau, p. 598; Chardon (*Dolo*, n. 378); Poujol (art. 756 (674), n. 14) e Richefort (II, n. 438). — Questa opinione rigettata dalla sopraccitata decisione del 15 marzo 1834 (Tolosa) era stata adottata il 27 genn. 1844 da una decisione di Rouen (Dev., 1844, 2, 534); ma quest'ultima è stata cassata, come doveva, il 16 giugno 1847 (Dev., 47, 1, 660).

falsa dottrina (1).

Se dovessimo confutare la decisione per se stessa, sarebbe cosa molto semplice, fondandosi la Corte sopra un motivo il più debole che mai per non dire di più. Trattasi di un figlio donatario *senza precapienza* e che trova nella sua rinunzia il dritto di ritenere il donato entro i limiti della porzione disponibile; or la Corte ci dice che il figlio, tuttochè ritenga il donato per la sua rinunzia, conserva il suo dritto alla riserva, ed afferma ciò RISULTARE DALLA COMBINAZIONE degli articoli 845 e 919 (764 e 835). Quindi deriverebbe da questi due articoli che l' erede IL QUALE RINUNZIA può ritenere la liberalità fino alla concorrenza della porzione disponibile e DELLA SUA RISERBA CUMULATE, essendo anche donatario SENZA PRECAPIENZA; ora l' art. 845 (764) dichiara che l'erede il quale rinunzia non può ritenere la sua liberalità che fino alla concorrenza della PORZIONE DISPONIBILE; e l' art. 919 (835) non lascia cumulativamente la riserva e la porzione disponibile che al donatario, IL QUALE SUCCEDE e purchè la disposizione sia stata fatta espressamente A TITOLO DI ANTEPARTE O PRELEGATO; cioè i due invocati articoli provano per lo appunto il contrario di ciò che pretendeva stabilire la Corte!! Non sarebbe dunque difficile decidersi la quistione se tale avviso si sorreggesse solamente sopra il motivo della decisione del 17 maggio. Ma oltre a questa pretesa ragione che non dovrebbe esser tale, ve ne ha di altre al contrario molto speciose. Ecco di fatti ciò che si potrebbe dire:

« La nostra *riserva* è l'antica *legittima* dei Romani. Or la legittima in Roma non era una porzione della eredità per ottener la quale richiedevasi il titolo di erede, ma un credito sopra i beni per assicurare al figlio con questa sola qualità, il soccorso che la natura impone di dargli (Codice, lib. 3, tit. XIX, 5; Inst. just., lib. 2, tit. XVIII, § 3). — Nei nostri paesi di dritto scritto fu ammessa la istituzione con la natura di credito attaccata alla sola qualità di figlio; e in quelli consuetudinari i loro giureconsulti ammettevano in principio la idea contraria, ma essa presentava un inconveniente che non faceva accoglierla dai compilatori del Codice, e la legislazione consuetudinaria stanziato quel principio di poi lo violava. Ammettere da una mano che la riserva sia una parte della successione ed appartenga quindi al figlio come erede del padre, sarebbe lo stesso che dire, che il figlio il quale farà tornare con la riduzione i beni donati dal padre, fosse tenuto a lasciarli prendere ai creditori di costui, il che non potrebbe essere. D'altra parte i nostri stessi scrittori consuetudinari contraddicevano il loro novello principio della necessità di essere eredi; insegnando tutti che il figlio il quale per effetto di una donazione possiede beni riserbati, può conservarli *tuttocchè rinunzii la eredità;* e Dumoulin per ischivare il sopraddetto inconveniente diceva perfino che in presenza di creditori il figlio poteva anche far ritornare la sua riserba mercè la riduzione *senza condursi da erede!* — Di più i nostri compilatori hanno rigettato questo contradditorio sistema. L' articolo 921 (838) dichiara che i beni riserbati provenienti dalla riduzione non possono esser tolti dai creditori del defunto, il che indica non essere una parte della eredità; ed è stato formalmente detto in questa occasione tanto al consiglio di Stato, che al Tribunato e al Corpo legislativo, che l'azione di riduzione si esercita non *nella qualità di erede* ma *nella qualità di figlio.*

« Ma d'altra parte rigettato anche oggi questo sistema del dritto scritto, bisognerebbe sempre seguire quello delle consuetudini qual' esso era, perchè il Codice ha voluto necessariamente consacrare o l' uno o l'altro. Or secondo quest' ultimo il figlio

(1) Orléans, 5 dic. 1843; Rouen', 10 marzo 1844; Riom, 95 aprile 1845; Grenoble, 4 ottobre 1845; Caen, 4 ottobre 1845; Dijon, 20 dicembre 1845; Nancy, 17 luglio 1849; Grenoble, 15 dicembre 1849 (Dev., 1843, 1, 680; 1844, 2, 289; 1845, 2, 242, e 550; 1846, 2, p. 1 e 56. — *Journal du Palais*, t. II, 1844, p. 386; t. II, 1845, p. 545 e 592; t. I, 1846, p. 130, 220 e seguenti, e 448 (t. II, 1850, p. 460).

aveva bisogno del titolo di erede per *prendere* la sua riserba e non già per *ritenerla*, possedendola come donatario: e siccome le decisioni della Corte suprema stabiliscono per la semplice detenzione, la loro dottrina sarebbe dunque inappuntabile in qualunque ipotesi ».

534. Questo argomento che sembra tanto concludente, è fondato sopra errori di fatto e di dritto.

E primieramente, il sistema di mezzo delle consuetudini non è ammissibile, e fa mestieri dire, una delle due cose, o che basti sempre in tutti i casi la qualità di figlio, o che anche in tutti i casi sia necessaria quella di erede. — Se riconoscesi che l' art. 921 (838) e le proposizioni dette sul proposito nei lavori preparatori impongono di riguardare il dritto di riserva come inerente alla qualità di figlio, il figlio che rinunzia potrà esercitare quel dritto tanto per l' azione che per la ritenzione, avendo in ambi i casi la qualità di figlio; e ciò riesce più evidente in quanto l' art. 921 (838) e le proposizioni di cui trattiamo si applicano per lo appunto all' azione. Se al contrario riconoscesi che il figlio non ha dritto alla riserva che quando è erede, non sarà men certo che la sua rinunzia gli ritoglie la facoltà di ritenerla non che di farsela rilasciare.

Un tempo, difatti, essendo attribuita la riserba consuetudinaria a ciascuno dei figli *separatamente* per la sua porzione, ciascuno di essi aveva quindi tutto ciò a cui aveva dritto, trovando nella successione la sua parte di riserva, di modo che colui che rinunziando riteneva la porzione di riserba a lui donata, non poteva esser molestato dai suoi fratelli che accettavano. Gli è vero allora, come ha spiegato Proudhon tentando far rivevere sotto il Codice questa teoria (1), che il donatario rinunziante non riteneva così che cose disponibili « dacchè, caso che un figlio donatario rinunzii posto in opposizione coi suoi fratelli che accettano, tutto è disponibile per lui eccettone solamente le legittime altrui ». Ma non è ammessibile più questa teoria oggidì che la riserva, come tutti riconoscono, è una massa calcolata *collettivamente* per tutti i figli, cotal che gli accettanti si avvantaggiano secondo gli articoli 785 e 786 (702 e 703) della rinunzia del fratello. — Il sistema di mezzo del dritto di semplice ritenzione non può dunque oggi valere; bisogna scegliere infra gli altri due, e la quistione si riduce a ciò, se il dritto di riserva sia attaccato dal Codice al titolo di erede o solo alla qualità di figlio (o di ascendente). Ora è certissimo che questo dritto sia attaccato al titolo di erede.

Questo doveva fare da prima il legislatore. Mentre nei principî romani il padre di famiglia al pari che la legge faceva eredi, e poteva ritogliere il titolo di erede al figlio, conferendolo a chi meglio gli piacesse, da noi al contrario la disposizione dell'uomo può istituir solo legatari, e il figlio, che che dica o faccia il padre, resta sempre erede. Or siccome rispetto al padre che poteva togliere al figlio insieme coi beni lo stesso titolo di erede, era ben logico, che la legittima non fosse attaccata al titolo di erede, ma attribuita alla sola qualità di figlio, così essendosi resa indipendente dalla volontà del padre la qualità di erede, era pur logico che a tal qualità si attaccasse il dritto sopra i beni.

Ciò ha fatto il legislatore; e che egli intende che la riserva si prenda col titolo ereditario, e come porzione della eredità, è della maggiore evidenza, perchè la riserva, come si scorge dai nostri articoli 913-915 (829-831), non è altro da noi che la ***porzione dei beni di cui non si può disporre e che si è costretti lasciare nella eredità***. Se il Codice avesse altrimenti fatto, attribuendo direttamente a certi parenti qualche porzione di beni, avrebbe potuto cader dubbio intorno al titolo col quale si sarebbe presa; ma quando fa semplicemente un divieto al padre di mettere questa porzione di beni fuori DELLA SUA EREDITÀ; quando la *riserva*, co-

(1) Consultazione riportata da Sirey sotto la decisione Laroque de Mons del 18 febbraro 1818.

me dal suo nome stesso viene indicato, non è che la parte riserbata DI ESSA EREDITÀ; quelli soli vi han certamente dritto CHE VENGONO ALLA SUCCESSIONE da eredi.

535. Questa verità è stata oscurata dalle obbiezioni cavate tanto dall'art. 921 (838) che dalle proposizioni dette nei lavori preparatorii. Ma riprende tutto il suo lume quando si indaga la vera teoria dell'articolo, e il vero senso delle parole ambigue che furono dette.— Se la riserba, si dice, è una parte della successione, e i beni fatti ritornare da un legittimario mercè l'azione di riduzione rientrano nella successione, come dunque l'art. 921 (838) può negare ai creditori del defunto il dritto di pagarsi sopra essi beni? Come conciliare rispetto a tali beni la qualità di cose ereditarie con la impossibilità di impadronirsene i creditori ereditari? Siffatta quistione sarà pienamente sciolta nella spiegazione dell'art. 921 (838) n. IV; ma per adesso, onde rimuovere tale obbiezione, osserveremo semplicemente, che la teoria dell'articolo 921 (838) per la riduzione è qui assolutamente e identicamente la medesima dell'articolo 857 (776) relativa alla collazione. La collazione si fa alla eredità; non è dovuta che dall'erede al coerede; i beni conferiti son cose ereditarie; e non di meno i creditori ereditari non hanno alcun dritto sopra di essi. Siccome l'articolo 857 (776) negando ai creditori ereditari qualunque dritto sopra i beni provenienti da una collazione, non impedisce che la collazione possa domandarsi col titolo di erede, così l'articolo 921 (838) negando loro qualunque dritto sopra i beni provenienti da una riduzione, non toglie che per domandar la riduzione sia necessario il titolo di erede. — Quanto alla frase dei lavori preparatori di cui si è fatta una arma per sostenere che non accettando la successione si può essere legittimario, la indagine del suo vero senso si farà egualmente nella spiegazione dell'art. 921 (838), essendo sorta nella discussione di esso; ma noi dobbiamo distruggere anche ora l'argomento che se ne cava. Il consiglio di Stato tenendo fermamente e con unanimità questo principio fondamentale, che il legittimario debba necessariamente essere erede, nè comprendendo la conciliazione della necessità di essere erede per domandare la riduzione, col divieto ai creditori di prendere i beni che dalla riduzione provengono, non voleva dapprima ammettere l'art. 921 (838), anzi positivamente lo aveva rigettato nella tornata del 5 ventoso anno XI, nè l'adottò più tardi, il 24 germinale, che su questa osservazione (che nessuno aveva messo innanti il 5 ventoso, e che allora fece Tronchet che era assente la prima volta) che il consiglio avendo ammesso nell'articolo 857 (776) che i beni provenienti da una collazione non eran dovuti ai creditori, si contraddirebbe si se desse a questi dritto sopra i beni provenienti da una riduzione (Fenet, t. XII, p. 335.—549 e pag. 472). Maleville sforzandosi indarno il 5 ventoso di fare adottare l'art. 921 (838) ed esprimendo con inesattezza una idea esattissima in fondo, annunziò il primo questa proposizione, ripetuta di poi da altri, che si può domandare la riduzione *come figlio*, e *non come erede*. Ma il suo pensiero si è frainteso. Egli non voleva dire, come si suppone nel falso sistema da noi combattuto, che il figlio per far ridurre non ha bisogno di accettare la eredità; ma soltanto intendeva che il figlio, erede ad un' ora, doveva il suo dritto di riduzione alla prima qualità anzichè alla seconda, sebbene questa gli fosse del pari indispensabile. Non vi può esser dubbio sul proposito, imperocchè Réal avendo detto che « il legittimario *è necessariamente erede*, e che Maleville, a dimostrare la sua tesi, dovrebbe provare che il successibile il quale rinunzia potrebbe anche esercitare l'azione ». Maleville rispose nettamente, che « quello era *un equivoco* e che non v'è *dubbio* che il legittimario che avesse rinunziato la eredità non potrebbe impugnare le donazioni ». (Ibid., p. 345).

È dunque certo che la nuova dottrina della Corte suprema è un insigne errore, e noi renderemo più certo questo punto tanto sul numero IV, dello art. 921 (838),

che pei n. III e IV. dell' articolo 919 (835) i quali formano col presente e il seguente n. V, le diverse parti di una sola materia (1).

V. — 536. Quistione egualmente importante è se i figli che rinunziano alla successione (o che ne sono come indegni rimossi) si debbano contare per determinarsi la riserva.*

Le decisioni profferite sulla quistione (l' ultima è del 1837) e tutti gli scrittori che l'hanno trattato sino al 1844, rispondono tutti affermativamente (2). Era dunque un punto tenuto per certo. Pure era desso

(1) Mentre noi per la prima volta ciò pubblicavamo un giovane e dotto magistrato, il signor Lagrange pubblicava su questa e sull' altra quistione del seguente numero in occasione della triste decisione del 17 maggio 1843 un articolo di sommo merito in cui siamo stati lieti di trovare non che un chiarissimo svolgimento dei principî da noi esposti, ma anche la energica espressione delle convinzioni onde eravamo noi stessi animati (Rev. de droit franc. et etrang. 1844, p. 109.—130. Prima di Lagrange Pont (Revue de legislat., t. II del 1843, p. 435) aveva solidamente confutato la nuova dottrina della Corte di cassazione. A sua volta Duranton di cui allora pubblicavasi la nuova edizione, censurò vivamente la decisione del 17 maggio (VII-258); e Valette in un rendiconto dell' opera del suo collega fu sollecito bandire che questa malaugurata decisione attaccava tutte le disposizioni del Codice, e rendeva impossibile la esposizione di un sistema intelligibile sulla materia della riserva (Revue de droit franc., t. del 1844, p. 630). D'altra parte i signori de Villeneuve e Carette riportando la decisione l' avevano con energia censurato.

Duvergier dunque ha potuto con verità dire; « Marcadè tratta severamente questa nuova giurisprudenza ed *a ragione;* è mestieri che sappia la Corte di cassazione che la sua decisione È STATA ANNULLATA dalla pubblica opinione (Gazzetta dei tribunali, 19 ottobre 1844).

La Corte suprema del resto insiste (camera civile) nella sua falsa via, ed è solo sperabile che la verità trionfi avanti le camere riunite. Vedi cassazione (della decisione di Caen di sopra riferita) 21 luglio 1846; cassazione (della decisione di Grenoble) 21 giugno 1848, Dev., 46, 1, 826; 49, 1, 172.

* Troplong. Donazioni e testamenti, n. 784.

Fanno numero i figli che rinunziano per determinare la quota disponibile e la riserva?

Se consideriamo questa quistione, rispetto al dritto antico, troviamo che era universalmente riconosciuto dagli autori che i figli rinunzianti facean numero per calcolare la porzione disponibile quando rinunziavano per effetto delle donazioni o dei legati che avean ricevuti dal testatore; attesochè sarebbero evidentemente venuti alla sua successione, se non avessero ricevute quelle liberalità (a).

In quanto ai figli che aveano rinunziato gratuitamente e senza aver ricevuto alcun dono, non si faceano punto entrar nel conto, e la loro parte andava a beneficio dei loro coeredi, *jure non decrescendi* (b).

Siffatta distinzione non può più ammettersi oggi che l'art. 913 (829) fa dipendere la fissazione della quota disponibile dal numero de' figli che il testatore lascia alla sua morte. Riportiamoci in fatti allo spirito della legge. Essa fa del patrimonio del padre una massa comune, nella quale quest'ultimo non ha che una parte virile disponibile; la quale resta stabilita dal numero dei figli esistenti al momento della morte; un quarto pel padre, se vi sono tre figli, giacchè la società si presume composta di quattro, compreso lui; un terzo, se vi sono due figli; giacchè allora la società è composta di tre persone, e il terzo è stato disponibile durante la vita del padre. Or questa disponibilità così precisata al momento della morte, non può prendere maggior estensione per un fatto posteriore e che avviene quando tutto è consumato. La rinunzia di un figlio, manifestata dopo la morte del disponente, non toglie che questi, durante la sua vita, sia stato limitato ad una parte precisa, cui non poteva oltrepassare senza abusar del suo dritto. Non certo quando egli è morto può la sua facoltà di disporre ricevere un accrescimento che non aveva durante la vita di lui.

Il numero de' figli è dunque l'unica base a cui bisogna arrestarsi per non cadere nelle distinzioni un po' arbitrarie dell' antica nostra giurisprudenza francese, e che io non trovo generalmente ammesse dai dottori stranieri, i quali hanno esaminata la quistione dal punto di vista del dritto romano; imperocchè Merlin insegna d' un modo generico che il figlio, il quale rinunzia dopo la morte del padre, fa numero per la legittima (c). Tutti i figli debbono essere contati, senza distinzione di quelli che accettano o di quelli che rinunziano, *aliquo accepto* ovvero *aliquo non accepto*.

Tal'è del rimanente, l'opinione ammessa dall'universale nella pratica, il testo dell' articolo 913 (829) le si è favorevole che più non se ne disputa nel foro (d).

(2) Grenier (II-564); Levasseur (n. 46); Toullier (V-109); Delvincourt, Duranton (VIII-299); Dalloz (cap. 3, sez. 3, n. 12); Vazeille (n. 2); Favard *(Porz. disp.)*; Poujol (n. 7); Coin-Delisle (n. 8); Zachariae (V, p. 142); Rig. civ., 18 febbraro 1818; Caen, 16 feb. 1826, Caen, 25 Giugno 1837 (Dev., 37, 2, 436): — Molti scrittori decidono altrimenti pel figlio indegno, e Delvincourt anche per quello che rinunzia in un caso eccezionale, ma si ammette da tutti il preteso principio rispetto al rinunziante.

(a) Lebrun, *Succ.*, Pothier, *Don. tra vivi*, III, V, 3.

(b) Lebrun ed altri. L. 10, § 4, *D.*, *de bonor. poss. contra tabulas*, che dice non esservi da domandare, *ut partem faciant, nihil habituri*.

(c) *De legitima*, 1, 4, 3, n. 12.

(d) Contra, Delvincourt, p. 64, nota 7; Valette, *Dritto*, 17 dic. 1845, Ginoulhiac, Riv. stran., 1846, p. 460; Marcadè, III, 536.

un errore e fu infine confutato da Lagrange nello articolo già citato in nota, e da noi nella prima edizione di questo volume. Di poi la quistione è stata esaminata da altri due giureconsulti; Duvergier (sopra *Toullier)* ed uno scrittore recentissimo, Saintespès-Lescot *(Donaz. e Test.*, II—312). Il primo dei quali non dubita di bandire l'errore fino ad ora prevalente; ma Saintespés che pure conformasi spesso alle nostre idee (1) e che sembrava un novello difensore della nostra dottrina, la combatte invece con zelo e ci accagiona di *impiegare belle pagine e di consacrare l' avvenire* ad una *teoria essenzialmente viziosa.*

Questa teoria, al contrario (e gli sforzi di Saintespés la renderanno più splendida), è perfettamente esatta, e fondasi ad un tempo sullo spirito e sui testi della legge e sui principî fondamentali.

1. Sullo spirito della legge. — Mentre, nella ordinaria successione la massa dei beni offre *un quantum* invariabile, nella riservata al contrario, la massa si fa a piacere più o men grande, e si misura secondo il numero dei figli: metà del patrimonio per un figlio, due terzi per due, tre quarti per più. Preparandosi qui la massa ereditaria in ragione del numero di quelli che devono raccoglierla, non si sconoscerebbe il pensiero e il fine della disposizione calcolandola per tre, quando deve prendersi da due, o per due quando deve esserlo da un solo?

2. Sui testi. I nostri avversari pigliando giudaicamente i termini dell'art. 913 (829) (che eglino non raffrontano con le altre venti frasi analoghe del Codice) dicono che l' articolo senza distinguere se i figli accettino o rinunziino determina assolutamente la disponibile alla metà, al terzo, o al quarto secondo che il disponente *lasci morendo* uno due o tre figli. Ma la quistione è per lo appunto se il legislatore parli di tutti i figli *esistenti in fatto* o solo di quelli esistenti *rispetto alla successione* cioè che si conducono da eredi. — Or questo punto non è più dubbio o si indaghi il pensiero dell'art. 913 (829) o questo articolo si ravvicini cogli altri testi analoghi.

In vero, quando il defunto lascia un figlio ed un fratello, e il primo rinunzia, quale è la porzione disponibile? Riconoscono tutti che sia LA TOTALITÀ dei beni, sebbene il disponente LASCI ALLA SUA MORTE UN FIGLIO LEGITTIMO, e che l'art. 913 (829) dice che lasciando il disponente alla sua morte un figlio legittimo, le sue liberalità non possono eccedere la METÀ.

Parimente, se egli lascia insieme a collaterali, due figli che rinunziano, riconoscesi pure che tutti i beni son disponibili malgrado che esistano i due figli, e sebbene l'articolo dica che la porzione disponibile sia un terzo quando si *lasciano due figli.* Dunque è forza riconoscere che le parole *se lascia un figlio*, *due*, *tre figli* significano: « se lascia uno, due o tre figli *che sieno eredi;* » cotalchè i figli sono qui considerati non *assolutamente* ma *relativamente* alla eredità e come quelli che questa raccolgano. Questo significato meramente relativo trovasi del pari negli altri articoli che regolano la successione riservata. Così, l'art. 914 (830) dicendo che tutti i discendenti son compresi nella generica espressione di figli, parla espressamente dei discendenti che *rappresentano il loro autore nella successione.* L' articolo 915 (831) dicendo che la riserva è dovuta agli ascendenti *in mancanza di figli*, non tratta di mancanza *assoluta* ma solo del caso che i figli non raccogliessero la eredità. E quando lo stesso articolo dice che la riserva sarà una metà se il defunto lasci *ascendenti* nelle due linee, ed un quarto se ne lasci in una sola, è sempre relativamente, e riconoscono tutti che svanirebbe la riserva, sebbene vi fossero ascendenti, ma rinunzianti o indegni. Infine l'art. 916 (832) dice, che le liberalità possono assorbire la totalità dei beni *in mancanza* di ascendenti e discendenti, e tutti pur sanno non trattarsi di assoluta man-

(1) Spesso egli dà loro una parte troppo riguardevole, oscurandosi con troppo modestia egli stesso (vedi il suo ramo 2 n. 443 458 511 520 a 527 535 540.

canza, cioè di non esistenza; ma di mancanza relativa al conseguimento dei beni. Se poi lasciata la nostra materia delle successioni riservate, torniamo ai testi di quelle legittime, noi pur troveremo ad ogni piè sospinti queste espressioni *lasciare tal parente* per dinotare *aver per erede quel parente*; l' art. 746 (668-669) dice che la successione è devoluta agli ascendenti se il defunto *non ha lasciato* prole nè fratello o sorella o loro discendenti; e gli articoli 748, 749, 750, 757, 758, 767 (671, 671, 672, 674, 674, 683) usano tutti il verbo *lasciare* in questo senso relativo consacrato per tutta la materia delle successioni ordinarie o riservate. Di fatti, trattandosi del conseguimento dei beni del defunto, andava da se che di questi parenti si dovessero occupare in quanto essi conseguano i beni; si parla sempre *secundum subjectam materiam*.

3. I principi giuridici infine conducono a questo risultamento che si potrebbe solo respingere cassando dal Codice la disposizione fondamentale dell' art. 785 (702). Difatti riputandosi colui che rinunzia non essere stato giammai erede, egli è dunque giuridicamente e rispetto ai dritti successori come se non avesse esistito nè alla apertura della successione nè in alcun momento posteriore. Dunque esistendo due figli (il che determina dapprima la successione riservata a due terzi), se uno di essi rinunzia, egli per lo effetto retroattivo della sua rinunzia si considera non avere esistito, in dritto e rispetto alla successione, all' apertura di essa; vi sarà stato dunque un sol figlio per cui si dovrà stabilire una novella riserva, che sarà di metà.

Se quest' altro figlio alla sua volta rinunziasse, riputandosi non aver mai esistiti gli altri due figli, il disponente non avrebbe lasciato alla sua morte alcun figlio rispetto alla successione; e farebbe mestieri per la terza volta stabilire una successione riservata per gli ascendenti che potrebbero succedere. Se allora vi fosse un solo ascendente, la successione riservata sarebbe di un quarto, e la porzione disponibile di tre quarti (art. 915 (831 M)). Se in fine l' ascendente medesimo di poi rinunziasse, il defunto non lascerebbe (rispetto alla sua successione) nè discendenti nè ascendenti, e si finirebbe con dire che non ci ha più riserva e che tutti i beni son disponibili (art. 916 (832)). Questi sono gli incontrastabili risultamenti del principio dell'art. 785 (702), cioè che l' erede per la sua rinunzia cessa non solo di essere erede, ma altresì (fittiziamente) di esserlo stato in alcun momento.

537. Rispondiamo ora agli argomenti della contraria dottrina.

La riserva, si dice primieramente, è la successione stessa considerata nella sua parte riservata, dunque si stabilisce pei figli *collettivamente e in massa*, e non come l' antica legittima, per ciascun figlio *individualmente*. Senza dubbio la riserva è la successione; per ciò appunto vi si possono contare i soli figli eredi, e non già gl' indegni e i rinunzianti. — Senza dubbio ancora la riserva si calcola pei figli in *massa e collettivamente*. Ma tutto ciò non ha che fare con la quistione. Quando di tre figli per cui la riserva era di tre quarti, uno rinunzia, diciamo noi che siccome ciascuno ha dritto individualmente ad un quarto, ciascuno dei due che accettano conserverà il suo, rientrando nella disponibile quello del rinunziante, di modo che la riserva sarebbe in tutto una metà? Nò affatto. Noi diciamo che bisogna per quelli due che accettano (come si sarebbe fatto per tre se uno rinunziando fosse rimasto estraneo) calcolare collettivamente e in massa, la riserva la quale quindi sarà di *due terzi*. Sì, i figli si considerano collettivamente; ma si considerano collettivamente *tutti i figli* esistenti in fatto, o solo *i figli eredi?* Questa è la quistione; l'argomento non la riguarda nè punto nè poco, e ci sorprende che tale stranezza siesi riprodotta di continuo dagli scrittori da Grenier sino a Coin-Delisle e a Saintéspes che vi ritorna quattro volte (p. 20, 21, 23, 24).

Ma eccoci alle idee serie del sistema. Essendo la riserva una successione, si dice, i figli ne sono dunque investiti fin dalla morte del *de cujus* nel qual punto è sta-

bilito lo ammontare di tal successione avuto riguardo al numero dei figli. Or siccome qualunque rinunzia posteriore di uno di essi giusta i termini dell' art. 786 (703) tende *a far accrescere la parte di lui ai coeredi*, il valore resterà sempre il medesimo. Decidere altrimenti sarebbe lo stesso che fare accrescere la parte di quello che rinunzia ai donatari, e violare quindi l'articolo 786 (703).

Questo secondo argomento è almeno specioso, ma non meno falso anzi per due volte falso. È falso perchè qui non può farsi l' accrescimento fra i figli, nè può applicarsi l'art. 786 (703); è falso perchè d' altra parte l' accrescimento e l' articolo 786 (703) che lo propone non hanno affatto in dritto il significato e il valore supposto dalla contraria dottrina.

E dapprima l' accrescimento fra i figli non può qui farsi dello stesso modo e per la causa stessa che la devoluzione dei discendenti agli ascendenti. L'accrescimento in vero è l' attribuzione ad un minor numero di eredi della stessa massa, che doveva dividersi prima fra assai più eredi, e il di cui numero è scemato per la rinunzia di uno o di più. La devoluzione è l' attribuzione ad un grado o ad un ordine successivo della *stessa massa* devoluta dapprima ad un ordine o grado anteriore che ha parimente rinunziato. Or da una parte, mentre la rinunzia di un figlio unico appresso al quale siavi per erede uno ascendente, farebbe passare a costui *nella successione ordinaria* la medesima massa di beni, ed effettuirebbe in tal modo la devoluzione; al contrario, *nella successione riservata* trasformandosi la massa per il mutato ordine di eredi, non potrà dunque attribuirsi la stessa massa all' erede di un altro ordine, cioè devolversi all' ascendente. Ma d' altra parte egli è così per lo accrescimento fra due o tre figli. Imperocchè nella successione riservata non essendo mai la medesima la massa dovuta ai figli e trasformandosi pel cangiamento del loro numero, non può dunque esservi accrescimento cioè attribuzione della *stessa massa* a un numero diverso e minore di figli. Gli è strano che gli scrittori non abbiano ciò veduto, e che Coin-Delisle specialmente spiegando così bene la impossibilità della devoluzione non abbia osservato che la sua spiegazione si applicava identicamente allo accrescimento. « Un defunto, egli dice, lascia tre figli (e un ascendente), la riserva è di tre quarti, ma rinunziando tutti i figli, la riserva dell'ascendente sarà sempre il quarto. Difatti per la forza della rinunzia l'ascendente è investito sin dalla apertura della successione del dritto di riserva, qual'era stabilito rispetto a lui. La riserva non è mai devoluta da un ordine all' altro » (art. 915 (831 M) n. 11 e 12). Ma chi non scorge che questa forza della *rinunzia* (che fa considerare come non mai esistito il rinunziante) impedisce assolutamente dello stesso modo lo accrescimento fra i figli? Rinunziando due di tre figli, il terzo *per la forza di lor rinunzia* non è egli *solo* investito fin *dalla apertura della successione?* E non è stato quindi investito della riserva *quale essa è stabilita rispetto a lui?*

Notiamo una altra idea la quale, base del contrario sistema, fino ad ora sottintesa, è stata di recente presentata in modo esplicito da Saintespés. Onde schivare il principio che la rinunzia ha per effetto giuridico di cancellare retroattivamente rispetto alla eredità la esistenza del rinunziante, egli ne dice che « senza dubbio il rinunziante in dritto non è stato mai erede, *ma non esiste meno di fatto* e DI DRITTO per determinare la parte di quelli che insieme con lui concorrono, *volendo l' art.* 786 (703) *che la sua porzione si accrescesse alla loro;* che quindi la legge non bada alla rinunzia per considerare la esistenza di lui e attaccarvi il dritto di accrescimento » p. 33. Strano sistema che non può venir difeso senza che i suoi sostenitori diano di cozzo alle loro proprie idee. Abbiamo veduto che Coin-Delisle sostiene l'idea dello accrescimento tuttochè ne provi la impossibilità nella spiegazione data intorno alla devoluzione.

Eccoti ora Saintespés a dire che senza dubbio, *in dritto*, il rinunziante non è stato

mai erede nè ha avuto posto nella successione, ma che non per tanto egli occupa in fatto *e in dritto* il suo posto in essa successione; di modo che rinunziando uno dei due successibili, sarebbe vero (in dritto) che vi fosse stato sempre *un solo erede*, ma sarebbe pur vero (anche in dritto) che vi fossero *due eredi*, all' uno dei quali è passata di poi la parte dell' altro! E che cosa dire di quella conclusione, che ove un erede rinunzii, *la legge non bada alla rinunzia di lui e riguarda la sua esistenza per attaccarvi lo accrescimento?* Non è egli al contrario manifesto che la legge fa passare la parte di uno all'altro coerede perchè *tenendo conto della sua rinunzia non considera più* la *sua esistenza?* Non è chiaro che se considerasse ancora la sua esistenza e non badasse alla rinunzia, la parte resterebbe a lui? Tutte queste false proposizioni derivano dalla falsa interpretazione dell' art. 786 (703) a cui si rifugiano contro il principio dell'art. 785 (702) e di cui perciò si trasforma la enunciazione di fatto in un supposto principio di dritto contraddittorio al precedente. Secondo l' art. 786 (703) dicesi, il rinunziante esiste sempre di fatto *e di dritto* rispetto alla eredità, poichè la sua esistenza vi produce la accrescimento; e se tal principio, si aggiunge, *resiste* per questo caso *alla conseguenza dell' art.* 785 (702) cioè che vi si urterebbe contro un altro principio degno anche di nota (p. 24). Quindi si ammettono nella legge due principî che dan di cozzo l' un contro l' altro, e il secondo dei quali impedisce che si cavino le conseguenze del primo. Tutto ciò del resto è stato dianzi confutato con la spiegazione di sopra data dei due art. 785-786 (702-703) alla quale noi rimandiamo. Si vedrà che la legge è del tutto innocente della contraddizione in cui si fa cadere, che nissuna cosa vi si oppone, e che per nissun modo vi esiste il preteso principio che la contraria dottrina ha voluto opporre a quello che la condanna.

538. Questo sistema si condanna da se stesso per la sua propria contraddizione. Lasciando il defunto due figli di cui uno rinunzia, ci si dice, che essendo stabilita la riserva ai due terzi dalla morte del defunto, resterà la stessa per il solo figlio che accetti per cagione dello accrescimento pronunciato in suo favore dallo art. 786 (703). Ammettiamolo per un momento, e in faccia a questa ipotesi mettiamone innanzi un'altra. Supponiamo che il defunto lasci un solo figlio per la di cui rinunzia passa la riserva ad un ascendente; qual sarà essa mai? Se fosse esatto il vostro sistema ed applicabile l' art. 786 (703) alle successioni riserbate, essa sarebbe la stessa del figlio cioè la metà. Perocchè l' art. 786 (703), dice non solo che la parte del rinunziante accresca al suo coerede, ma anche che non essendovi coerede si devolva al grado o all' ordine successivo. Se fosse dunque vero che la riserva calcolata prima per due figli deve per accrescimento passare intera all' uno di essi, sarebbe pur vero che la riserva calcolata prima pel figlio deve per intero devolversi all' ascendente. Or riconoscendo che l' ascendente avrà sempre la sua riserva del quarto, voi stessi quindi combattete la vostra dottrina.

Saintespés ha voluto e creduto rispondere a siffatto argomento, ma non vi è riuscito perchè la sua pretesa risposta invece di applicarsi al caso preveduto (e il solo da prevedere) si dirige per uno strano *quiproquo* all' ipotesi che la rinunzia del figlio unico o di tutti i figli faccia svanire ogni riserva , essendovi soli collaterali. « Quando tutti i figli rinunziano, egli » dice , la riserva *scompare* forzatamente » *se non vi ha che collaterali*, perchè... » (p. 23). Egli spiega allora molto bene come la rinunzia di tutti i legittimari non potrebbe trasmettere il dritto di riserva agli individui a cui formalmente lo nega la legge ; e conchiude che se pei già detti motivi non può qui effettuarsi la devoluzione perchè il legislatore non l'ha voluto, *tal proibizione non distrugge il dritto di accrescimento* (pag. 24). Senza dubbio non possiamo nè parlare di devoluzione e di riserva , nè discutere sul valore di essa quando vi sono soli collaterali, perchè per

ottenere più o meno sulla *successione riservata* bisogna essere *erede riservatario*, e i collaterali non lo sono. Ma chi dunque parla qui di collaterali?

Noi parliamo di *uno ascendente*, di uno erede che ha la successione riservata, uno di quelli per cui sorgono le quistioni di accrescimento e di devoluzione. Parlando di uno ascendente diciamo: se è vero come voi insegnate, che per effetto della rinunzia del figlio unico l'ascendente è stato investito fin dalla morte (come se il figlio non avesse mai esistito), che quindi egli è stato immediatamente investito della riserva dovuta allo ascendente, cotal che non vi è qui devoluzione, è quindi incontrastabile che per effetto della rinunzia di uno dei due figli, l' altro fin dalla morte sia stato da solo investito della riserva che *spetta ad un figlio solo*, di guisa che non v'è qui accrescimento. Dunque il vostro sistema intorno alla devoluzione confuta quello intorno allo accrescimento, e prova sempreppiù la verità della nostra dottrina (1).

VI. — 539. Non vi può esser difficoltà intorno ai figli assenti che il disponente potrebbe lasciare, sia dichiarata o pur presunta la assenza. In ambi i casi i figli non possono contare per determinarsi la successione riservata, dacchè chiunque si riconosce non esistere al momento dell'apertura di una successione non si conta per l'attribuzione di essa (art. 136 (142)): salvo che i suoi dritti sieno in appresso domandati se egli o i suoi aventi-causa innanzi di compiersi la prescrizione provino di avere esistito al tempo dell' apertura (art. 137 (143)). Del resto si sa che dalla presunzione che l'assente non esista fino alla prova del contrario deriva che i suoi figli e discendenti avrebbero il dritto di rappresentarlo (art. 136 (142), *n. II*).

Dunque, essendo l' assente unico figlio del defunto, e non avendo discendenti, non vi sarà riserva; 2° non avendo egli discendenti ma fratelli o sorelle, la riserva sarà calcolata soltanto per questi; 3° lasciando discendenti, costoro lo rappresenteranno; salvo in tutti i casi a rimettere le cose nello stato voluto, se l'assente ritorni o dia prove della sua esistenza innanzi che si compisse la prescrizione.

915 (831 M).—Le liberalità, per atto tra vivi o per testamento non potranno oltrepassare la metà dei beni, se in mancanza dei figli il defunto lascia superstiti uno o più ascendenti in ciascuna linea paterna e materna, e di tre quarti, se non lascia ascendenti che in una sola linea.

I beni per tal modo riservati a vantaggio degli ascendenti, perverranno ad essi con l'ordine con cui la legge li chiama a succedere; essi soli avranno il diritto a questa riserva, in qualunque caso che una divisione in concorso di collaterali non desse loro quella quota parte di beni riservata.*

(1) Nello svolgere la quistione da noi trattata parecchi scrittori (specialmente Grenier, *loc. cit.* e Coin-Delisle, n. 7), incominciano con la seguente distinzione della quale non abbiamo stimato debito parlare: cioè se il figlio ha rinunziato puramente e semplicemente, o se ha rinunziato (gratuitamente o mercè un prezzo) in vantaggio di tale o tali; poi trattano successivamente la quistione per l' una e per l' altra ipotesi. Tal procedimento è senza metodo, e complica di idee inutili ed anche viziose una quistione per se stessa abbastanza difficile.

Si è veduto di fatti sotto l'art. 780 (697) che la pretesa rinunzia fatta in tal modo in vantaggio di tale o tali costituisce al contrario una *accettazione*. Non bisogna dunque qui occuparcene.

Del resto da che per la successione riservata l'accrescimento nè la devoluzione non possono avvenire nei casi nei *quali versa la nostra quistione*, non bisognerebbe inferirne che essi non vi sono *mai possibili*. È manifesto al contrario che essi avverranno quando il cambiamento di numero o di qualità nei successibili non farà mutare lo ammontare della riserva. Così, essendovi più di tre figli la rinunzia di uno produrrà l' accrescimento. Così ancora se un figlio morto naturalmente o civilmente innanzi la morte del padre, ha lasciato parecchi nipoti, la rinunzia di uno farà accrescere la parte di lui agli altri. Parimente, se la rinunzia di un padre fa passare la riserva all'avo paterno, si devolverà qui la stessa riserva malgrado il cangiamento di qualità, come parimente nei due casi sopra riferiti malgrado il cangiamento di numero.

* L'articolo 831 delle leggi civili è così concepito:

Se il defunto in mancanza di figli lascia superstiti ascendenti in qualunque linea, le liberalità per atto tra vivi, o per testamento, non potranno diminuire la metà della quota che sarebbe loro spet-

SOMMARIO

I. Si determina la riserva degli ascendenti; essa è di un quarto di tutti i beni per ciascuna linea; errore di Delvincourt.
II. Gli ascendenti non possono prendere la riserva che con la qualità di eredi: conseguenze. Strano errore di Delvincourt e di Coin-Delisle; errore contrario di Vazeille.
III. Non han riserva il padre o la madre adottivi, nè il padre o la madre naturali: dissenso con parecchi scrittori. Rimando per la successione degli ascendenti donanti.
IV. Concorrendo il padre e la madre con collaterali, non si possono mai ridurre le liberalità se non quando la intera successione non basta a pagare la riserva.

I.—**540.** Gli ascendenti che son chiamati alla successione, hanno pur dritto ad una riserva. Difatti il nostro articolo dice che il defunto che lascia per eredi ascendenti non ha potuto disporre di tutti i suoi beni; potendone donare la metà se lascia ascendenti nelle due linee, e tre quarti, se in una sola. La riserva degli ascendenti adunque è la metà nel primo caso, e il quarto nell'altro.—E certamente la riserva si compone della metà o del quarto *di tutti i beni*, e non già della metà e del quarto della porzione che gli ascendenti avrebbero avuto, come hanno preteso Delvincourt e Levasseur (n. 50).

Gli è questo un errore che ben si confuta colla semplice lettura del nostro articolo e ravvicinandolo al testo dell' articolo 913 (829), dacchè questo dice che le *liberalità non potranno eccedere la metà, il terzo o il quarto* DEI BENI DEL DISPONENTE; e continuando il nostro ripete che *le liberalità non potranno eccedere la metà o tre quarti* DEI BENI.

Così, la riserva sarà sempre il quarto di tutti i beni, se vi ha discendenti in una linea; e la metà di essi, se ve ne ha in tutte e due; il che significa essere invariabilmente stabilita ad un quarto per ciascuna linea. Tal riserva adunque è determinata senza riguardo al grado al numero degli ascendenti; per modo di esempio, nella linea paterna, la riserva sarà di un quarto per il padre; altrettanto per l'avo e l'ava paterni o per uno di essi; sarebbe di un quarto sempre pei quattro bisavi e bisave paterni e per tre o due di loro, o per un solo. Quindi un quarto di beni è riservato per *ciascuna linea* di ascendenti, qual che ne sia il numero e il grado di quelli che la domanderanno.

II.—**541.** Gli ascendenti, abbiamo detto, hanno dritto alla riserva essendo chiamati alla successione. Ciò è manifesto: perchè onde essere EREDE *legittimario* fa uopo essere *erede*, e le nostre vecchie massime di logica dicono con ragione *prius est esse quam esse tale*. Dunque, se il defunto lasci per parenti un avo ed un fratello, siccome questo esclude l'altro (art. 750 (672)) l'avo non può pretendere riserva, e se il defunto abbia esaurito tutti i suoi beni con una disposizione universale, o a titolo universale, o particolare, non si potranno impugnare le sue disposizioni; non potendolo l' avo che per la presenza del figlio non è erede; non potendolo nemmeno il fratello che non è erede riservatario, perchè i collaterali non hanno mai riserva. *

Non si comprende pertanto che Delvincourt abbia potuto dire il contrario, e molto meno che Coin-Delisle siesi provato di risorgere siffatto errore in questi ultimi tempi (art. 1006 (932), n. 5). Noi torneremo sopra questo punto al n. II dell'art. 1006 (932).

Ma se egli è evidente che i fratelli so-

tata *ab intestato*.

I beni per tal modo riservati a vantaggio degli ascendenti, perverranno loro coll' ordine con cui la legge li chiama a succedere.

* Attribuita che siasi al legatario d' un minore pervenuto all' età di anni sedici la quota che gli perviene; e sul rimanente della eredità di lui concorrendo da un lato l'ava materna e dall'altro la germana, l'ava materna non ha diritto a prelevare la riserva e dividere poi a metà con la germana l'avanzo, ma la divisione debbe seguire a parti eguali tra loro. — Corte suprema di Napoli. 7 dicembre 1850.

relle o loro discendenti impediscono che qualunque discendente che non sia il padre e la madre pretenda una riserva, e se è strano l' errore di Delvincourt e Coin-Delisle, non è men certo che la rinunzia dei fratelli delle sorelle o loro discendenti, mercè la quale la eredità si devolve in vantaggio degli ascendenti, darebbe a questi la qualità di eredi, e quindi il dritto alla riserva, come bene ha fatto osservare Duranton (VIII, 311). Si spiega dunque difficilmente come Vazeille (n. 3) abbia pensato di combattere questa proposizione — È incontrastabile che l' erede il quale rinunzia si reputa non avere mai esistito per la successione (art. 685 (702)); dunque per la rinunzia dei fratelli, delle sorelle, ecc. gli ascendenti sono investiti sin dall' apertura della successione (art. 786 (703); or gli ascendenti, essendo eredi, sono dunque riservatari (art. 915 (831)). Ciò è della massima chiarezza (1).

Nella legge è vero trovasi alcun che di bizzarro e incoerente; dappoichè per la ordinaria successione preferisce i fratelli le sorelle o loro discendenti agli ascendenti che non sieno il padre e la madre, e fa il contrario in quella riserbata, che pure è una parte della ordinaria. È anche vero che quando il defunto con le sue disposizioni avrà lasciato ai suoi fratelli,sorelle,ecc. tutti o quasi tutti i suoi beni, quelli potranno combinarsi con gli ascendenti e fare una rinunzia la quale abiliterà questi ultimi a far ridurre le disposizioni. Ma questo non può dispensare dal seguire la legge che è abbastanza chiara.

541 *bis*. Gli ascendenti dacchè non han dritto alla riserva se non se con la qualità di eredi, non potranno quindi conseguirla che secondo le regole secondo le quali essi conseguono la ordinaria successione : ciò vien dichiarato dal nostro articolo che dice potere essi raccogliere i beni riservati nell' ordine in cui la legge li chiama a succedere.

Così per esempio se in una linea v' è un solo ascendente, egli avrà per se solo il quarto riservato per questa linea; se son due dello stesso grado (p. e. l' ava e l' avo) essi avranno ciascuno la metà del quarto cioè un ottavo; se tre, parimente dello stesso grado (due bisavi e una bisava o *viceversa)* ciascuno avrà un terzo del quarto cioè un dodicesimo; se quattro, ciascuno avrebbe un sedicesimo. Se al contrario vi sono ascendenti di vari gradi, il quarto di riserva spetta unicamente a quello o quelli del grado più prossimo (vedi articolo 746 (568-669)).

541 *ter*. Essendo sempre la stessa la porzione riservata per ciascuna linea, qualunque sia il numero e il grado degli ascendenti, che la raccolgono ne conseguita, che la rinunzia di uno o più di essi dello stesso grado produrrebbe l'accrescimento in vantaggio degli altri, e che la rinunzia di quello o quelli del grado più prossimo farebbe devolvere la porzione a quelli del grado successivo. Ma nè tal accrescimento nè tal devoluzione potrebbero avvenire da una linea all' altra.

Ciò è chiarissimo per l' accrescimento; non operandosi questo che fra coeredi chiamati alla medesima successione; ma gli ascendenti di una linea non sono mai coeredi con quelli dell' altra, perchè gli uni e gli altri son chiamati separatamente alle due metà del patrimonio che formano due distinte successioni (art. 733 (T)). Ed è ciò tanto vero, che se tutti gli ascendenti della linea paterna rinunziassero la metà che forma la loro speciale successione, si trasmetterebbe non già agli ascendenti della linea materna per quanto prossimi fossero (la madre per esempio) ma ai collaterali della stessa linea paterna, sien pure del dodicesimo grado (art. 753 (T)).

La devoluzione non potrebbe nemmeno avverarsi. Così supponiamo non esistere alcuno ascendente nè collaterale nella linea paterna, ovvero essere indegni o aver rinunziato tutti gli ascendenti e collaterali di essa linea, gli ascendenti della linea materna chiamati allora alla totalità del patrimonio, non avranno perciò una riserva

(1) Rig. (della decis. e sentenza conformi di Parigi) 11 maggio 1840; Dev., 40, 1, 680.

di metà, ma solo di un quarto. In vero essi sebbene abbiano allora le due metà del patrimonio non le conseguono tutte e due collo stesso titolo: vi ha quella della linea paterna a cui succedono in *mancanza di qualunque parente successibile* (art. 755 (673)); or mancando gli eredi in una linea, il disponibile sarà dunque di tre quarti (art. 915 (831)).

III. — **542.** Tutti son d' accordo che la riserva dovuta agli ascendenti non si accorda al padre adottivo. Il che è evidente dacchè la legge a lui non accorda i dritti successori rispetto all'adottato e ai discendenti di lui che pei beni provenienti da esso adottante, e che si *trovano ancora in natura* nella successione. Dunque non ha alcun dritto sui beni alienati; ora i beni che si donano o legano sono alienati e messi fuori della successione (art. 351, 352 (275, 276)).

543. Per lo incontro molto si controverte intorno al padre e alla madre naturali (1); ma senza esitazione noi adottiamo parimente la negativa. Indarno si vuol sorreggere la contraria sentenza sul principio di reciprocanza, perocchè si contende appunto di tal preteso principio che in nissun luogo è scritto, essendo quistione se dee esservi qui reciprocanza. Indarno pure si vuol dedurre il dritto alla riserva dal dritto agli alimenti, poichè bisognerebbe riconoscere il dritto della stessa riserva ai suoceri e alle suocere, cioè ai semplici affini che non hanno il dritto della successione ordinaria.

E primieramente, la sola lettura degli articoli 913-916 (829-832) farà conoscere che essi non intendono parlare che di discendenti o ascendenti legittimi. Il nostro articolo lo indica già per se solo parlando di un figlio che lascia più ascendenti in una linea, e poi di ascendenti che concorrono con collaterali, le quali due cose possono solo avvenire pei discendenti legittimi. (Imperocchè in faccia alla legge il figlio naturale non ha collaterali, nè può avere che un solo ascendente per ciascuna linea, il padre o la madre). — Or indagando la mente del legislatore, chiaramente si scorgerà non avere potuto egli pensare che il nostro articolo si applicasse al padre e alla madre naturali. Difatti la riserva di un figlio naturale non è quale sarebbe se fosse stato legittimo; mentre se il nostro articolo si dovesse applicare al padre e alla madre naturali, questi avrebbero sempre la stessa riserva come se fossero legittimi, di modo che il legislatore perdonerebbe la filiazione illegittima in quelli appunto che ne sono colpevoli punendola in quelli che ne sono innocenti. Se il legislatore avesse stimato doversi accordare la riserva all' autore del figlio naturale, l' avrebbe fatto almeno del quarto, e non avrebbe posto il padre e la madre naturali nella

(1) In prò Merlin (*Rep.*, *Riserva*); Grenier (c. 676); Loiseau (cap. 16); Vazeille (art. 765 (680), n. 5); Poujol (n. 3); Bordeaux, 24 aprile 1834 e 20 marzo 1837; Rig., 3. marzo 1846; — Contro: Delvincourt, Chabot (art. 765 (680), n. 5); Malpel (n. 167); Dalloz (*Succ.*, cap. 4); Richefort (III-438); Saintespés (II-353); Nimes, 11 luglio 1827, Douai, 5 dic. 1840 (Dev., 41, 2, 125).*

*Troplong, *Donazioni e testamenti*, n. 817.

Più difficile è la quistione rispetto al padre del figlio naturale riconosciuto.

In favore della riserva si dice; l'art. 915 (831 M) non fa distinzione tra gli ascendenti de' figli legittimi e quelli de' figli naturali. Senzachè l'articolo 765 (680) accorda al padre ed alla madre che han riconosciuto un figlio naturale i medesimi diritti di successibilità che ai genitori d'un figlio legittimo. Ma contro la riserva si risponde: uno scandalo ed una colpa non possono creare un dritto in favor di colui che gli ha commessi. Si consulti da altra parte l'economia dell'art. 915 (831 M) e si vedrà che esso non si preoccupa se non di circostanze incompatibili con la posizione del figlio naturale. Quest' ultimo non può aver per ascendenti che il padre o la madre, collaterali non mai; come dunque potrebbe il padre invocare il beneficio di un articolo che prevede l' esistenza simultanea di più ascendenti, ed il concorso degli ascendenti e dei collaterali? Si parla di reciprocanza; ma è mai questa una ragione decisiva? fa succedere la reciprocanza lo adottante all'adottato.

Ad onta di queste ragioni, la Corte di cassazione si è pronunziata in favor della riserva con un arresto del 3 marzo 1846. Noi crediamo che questa giurisprudenza in ultima analisi prevarrà; postochè la tendenza oggidì è di favorire la filiazione naturale; forse anche si trasmoda alquanto nella reazione, che si opera per questa causa, odiosissima un tempo: tuttavia noi veggiam qui delle ragioni di umanità cui non vi son testi precisi che c' impediscano di rispettare, e da questo lato propendiamo.

condizione medesima degli ascendenti legittimi.

E il legislatore voleva tanto punire la filiazione illegittima in quelli che ne sono gli autori più severamente che nei figli, che ammesso il dritto di successione dei figli naturali verso il padre e la madre loro, ha molto dubitato di ammettere il dritto di successione del padre e della madre rispetto ai figli. L'art. 765 (680 M) che prescrive tal dritto, fu adottato dopo viva contraddizione in seno del Consiglio. Il console Cambacérès, Regnaud, Rigot—Preameneu, dissero bastare che al padre e alla madre si accordasse il dritto di riprendere i beni da essi donati; al figlio naturale non dovere succedere altri che i discendenti; doversi in tutti i casi anteporre la moglie (Fenet, t. XII, p. 32, 33). Or se il semplice dritto di successore fu accordato dopo vive contraddizioni, come dire che si è voluto loro attribuire senza difficoltà come cosa ben naturale e da non doversi pure annunziare, il dritto di successore legittimario e colla stessa misura che gli ascendenti legittimi?

N. B. Le quistioni che fa sorgere la combinazione dei nostri articoli col dritto di successione degli ascendenti donanti furono trattate sotto l' art. 747 (670), n. 142 e segg.

IV. — 544. Dallo aver dritto alla riserva i soli ascendenti in mancanza di discendenti, non potendo i collaterali quali che sieno domandarla mai, ne conseguita, che concorrendo nella successione ascendenti e collaterali ove il defunto avesse disposto di parte dei suoi beni, gli ascendenti prenderebbero sul rimanente la loro intera riserva, innanzi che i collaterali potessero avere alcuna parte della successione.

Così, supponiamo che il valore totale dei beni sia di 100,000 franchi e il defunto abbia disposto di 40,000 lasciando per eredi il padre la madre e il fratello; il padre prenderà la sua riserva del quarto dei beni cioè 25,000 franchi, la madre altrettanto, e il fratello sarà obbligato a prendere i rimanenti 10,000 franchi. — Indarno direbbe il fratello che essendo la successione di 60,000 franchi ed avendo egli secondo l' art. 748 (671) dritto alla metà, debba prendere 30,000 franchi e che il padre e la madre debbano conseguire i 20,000 fr. che mancano colla riduzione delle donazioni o dei legati. Questa pretesa non potrebbe ammettersi perchè trovando i due ascendenti nella successione la loro riserva essi non hanno alcun bisogno di far ridurre, e la riduzione si farebbe non in loro vantaggio, ma del fratello, il che non può essere, non avendo costui dritto a riserva: i donatarî o legatarî contro di cui si domanda la riduzione direbbero con ragione che non avendo il defunto, altri eredi legittimarî che il padre e la madre ai quali doveva lasciare 50 mila franchi, egli ha potuto ben disporre degli altri 50,000, e che invece di parlare di riduzione avanzano ancora nella successione 10,000 franchi di cui il defunto avrebbe potuto ugualmente disporre.

Così ancora, se il defunto lasciando un avo in una linea ed un cugino nell'altra, abbia disposto di 70,000 franchi, il cugino non potrebbe dire che egli prenderà la metà dei rimanenti 30 franchi, e che l' avo avendone com' esso 15 mila sia libero di far ridurre le liberalità fino alla concorrenza di 10,000 franchi onde ottenere il suo quarto di 25,000 franchi. Qui pure si opporrebbero a tal sistema i legatari. L' avo dovrebbe prendere i suoi 25,000 franchi di riserva sulla eredità, e non ne avanzerebbero che 5,000 per il cugino.

Se il defunto avesse disposto di 75,000, il solo avo prenderebbe i rimanenti 25,000 e il cugino non avrebbe alcuna cosa.

È questa la necessaria conseguenza della libertà che aveva il defunto di poter sempre disporre validamente di tutto ciò che doveva trasmettersi ai collaterali. Adunque concorrendo ascendenti e collaterali, vi sarà riduzione, quando la successione non offrisse tanti beni onde pagare la riserva dei primi. Questo vuol dire il nostro articolo dichiarando che gli ascendenti che concorrono coi collaterali han *essi soli* dritto alla riserva in tutti i casi, che la divisione

(fatta secondo le regole ordinarie del titolo delle successioni) non desse loro la porzione di beni secondo è stabilita la riserva.

545. Notiamo del resto che concorrendo con collaterali il padre e la madre han per riserva la medesima porzione che avrebbero nella ordinaria successione. La qual porzione è sempre di un quarto per ciascuno (art. 748-749 (671 M)) ed altrettanto è parimente la riserva.

916 (832).— In mancanza di ascendenti e di discendenti, si potrà disporre della totalità dei beni tanto per atti fra vivi che per testamento.

SOMMARIO

I. Appendice agli articoli 913 916 (829 832). — Calcolo della riserva dei figli naturali.

II. Difficoltà che offre la combinazione dei nostri coll' art. 904 (820).

I. — **546.** Questo articolo non ha bisogno di comento, ma dopo sviluppati i principî per determinare la porzione disponibile e la riserva, e innanzi di passare alle regole speciali dei seguenti articoli, dobbiamo ora trattare della riserva dei figli naturali, ed anche della difficoltà che spesso può presentare la combinazione delle regole dei nostri articoli con quella dell'articolo 904 (820) che determina la capacità limitata fra i sedici e i ventun' anno. Tutto questo sarà dunque come appendice degli art. 913, 916 (829, 832).

E dapprima vediamo come deve stabilirsi secondo i varî casi la riserva dovuta ai figli naturali. È necessario che si distinguano tre casi secondo che il defunto non lasci alcun legittimo erede, o lasci eredi non legittimarî, ossia collaterali, o in fine eredi legittimarî ossia ascendenti o discendenti.

547. — 1.° Non si incontra difficoltà quando il defunto nessuno erede legittimo ha lasciato. Il figlio naturale ha dritto allora alla totalità dei beni, e vien trattato qual figlio legittimo (art. 788 (674)); si applicherà senza alcuna modificazione la regola dell' art. 913 (829); e secondo che vi sarà uno due o più figli naturali, la riserva sarà di metà di due terzi o di tre quarti dei beni: il defunto avrebbe potuto disporre del rimanente.

548.—2.° Se il defunto ha lasciato eredi non legittimarî cioè collaterali, non è più difficile la norma sebbene diversa. Fa mestieri distinguere se tali parenti legittimi sieno collaterali privilegiati, fratelli, sorelle o loro discendenti, ovvero collaterali ordinari.

Essendovi collaterali ordinari, il figlio naturale che deve ottenere *i tre quarti* della porzione di un figlio legittimo a cui spetterebbe la riserva *di metà*, avrà per sua riserva tre quarti della metà, cioè tre ottavi; e tutto il resto sarà disponibile; così sopra un patrimonio di 24,000 franchi, il figlio naturale avrà solo 9,000 franchi di riserva invece di 12,000; e disponibili saranno gli altri 15,000. Essendo due i figli naturali, eglino avranno sempre tre *quarti* di quello avrebbero due figli legittimi; e siccome questi avrebbero *due terzi* di riserva, quelli avrebbero quindi tre quarti di due terzi cioè sei dodicesimi, ovvero metà. Così, sopra lo stesso patrimonio di 24,000 franchi, essi si dividerebbero per loro una riserva di 12,000 franchi, e non di 16,000 quanti ne avrebbero avuto due figli legittimi; e disponibili sarebbero gli altri 12,000. Se fossero tre, avrebbero sempre i *tre quarti* di quello avrebbero tre figli legittimi; e siccome questi avrebbero per riserva i *tre quarti* dei beni; essi avrebbero tre quarti dei tre quarti, cioè nove sedicesimi. Così, sopra 24,000 franchi anzichè avere come tre figli legittimi, una riserva di 18,000, si dividerebbero fra loro tre quarti di 18,000 franchi cioè 13,500 e i rimanenti 10,500 franchi sarebbero la porzione disponibile. Essendo

i figli più di tre, non cangiando più la riserva e la porzione disponibile, sarebbe sempre di nove sedicesimi la riserva; e gli altri sette sedicesimi la porzione disponibile.

Se gli eredi legittimi lasciati dal defunto sono collaterali privilegiati, il calcolo si farà sempre di un modo, salvo che il figlio o i figli naturali, invece di avere i *tre quarti* di ciò avrebbero se legittimi, ne avranno *la metà*.

549. Ed essendo in questi vari casi la riserva dovuta ai figli naturali e non mai ai collaterali che possono con esso loro concorrere, ne conseguita secondo il da noi detto al n. IV del precedente articolo, che i beni di cui il defunto non avesse disposto dovrebbero attribuirsi prima ai figli naturali onde pagarsi la loro riserva, non potendo i collaterali prenderne alcuna parte prima di ciò. Se questi beni superassero lo ammontare della riserva, il rimanente sel prenderebbero i collaterali; se non bastassero, prenderebbero tutto i figli naturali, e farebbero ridurre le liberalità per ciò che loro mancherebbe; se da ultimo i beni bastassero appunto alla riserva, nè si domanderebbe riduzione, nè alcuna cosa darebbesi ai collaterali.

550. — 3.° Se il defunto ha lasciato eredi legittimari, la norma da seguire è alquanto più difficile, perchè allora fa mestieri ad un'ora determinare la riserva dei figli naturali, e quella degli ascendenti o discendenti legittimi. Si badi ora un poco, e si comprenderanno le regole relative a tal caso. E primieramente non s' incontra difficoltà in un caso cioè quando son tre o più i figli legittimi chiamati a raccogliere la successione in concorrenza coi figli naturali. Allora essendo la riserva determinata invariabilmente a tre quarti dei beni, non potendo crescere per l' aumento del numero dei figli *legittimi*, è manifesto che non potrà nemmeno crescere per uno o più figli semplicemente *naturali*. Dunque essendovi tre o più figli legittimi la riserva rimarrà stabilita a tre quarti, e si farà il solo calcolo di attribuire al figlio o ai vari figli naturali il *terzo* di quello avrebbero preso se fossero stati legittimi, dividendosi il rimanente in porzioni uguali fra i figli legittimi. Così posto che vi sieno tre figli legittimi e tre naturali ed una successione di 24,000 franchi, si dirà: « La riserva è di tre quarti ossia 18,000 franchi, sui quali i tre figli naturali se legittimi avrebbero preso ciascuno insieme agli altri tre un sesto ossia 3,000 franchi, ma essendo figli naturali non hanno dritto che al terzo dei 3,000 cioè ciascuno a 1,000; essi dunque toglieranno per loro tre, 3,000 franchi, e i tre figli legittimi si divideranno i rimanenti 15,000 franchi » Questo stesso procedimento si applicherebbe per 10 figli naturali, come per un solo essendo tre o più i figli legittimi.

Quanto al concorso dei figli naturali con uno o due figli legittimi o con ascendenti tutto si riduce secondo vedremo alla seguente formola generale.

Stabilire dapprima la riserva dei figli naturali (armoniando gli art. 757 e 913 (674 e 819); *prelevare lo ammontare di tal riserva sopra la massa dei beni* (come fosse un debito, un peso della successione); *calcolare di poi sul rimanente la riserva* (dei discendenti o ascendenti legittimi), *e la porzione disponibile secondo le regole ordinarie.*

550 *bis*. Supponiamo un figlio legittimo, uno naturale, e 36,000 franchi di beni. Se il naturale fosse legittimo ve ne sarebbero due legittimi, e la riserva sarebbe di due terzi, un terzo per ciascuno; ma il figlio naturale deve avere il terzo di quello avrebbe se è legittimo, dunque non ha per sua riserva che il terzo del terzo ossia un nono: così egli anzichè 12,000 avrà 4,000 franchi, pagati i quali resteranno 32 mila franchi di beni. Ma non è manifesto che la presenza del figlio naturale non deve assottigliare soltanto la riserva del figlio legittimo, nè la porzione disponibile, ma l' una e l' altra in proporzione? Bisogna dunque calcolare la riserva e la porzione disponibile sopra i 32,000 franchi che avanzano, come se non vi fosse stato alcun figlio naturale, e tutto il patrimonio fosse composto di 32,000 franchi. Noi dun-

que diremo: il figlio legittimo avrà 16,000 franchi per la sua riserva che è di metà, e gli altri 16,000 saranno la porzione disponibile.

Prendiamo adesso due figli legittimi e più naturali, quattro se volete. Si dirà: se i naturali fossero stati legittimi, ve ne sarebbero stati sei legittimi, i quali avrebbero avuto per essi tutti tre quarti di riserva, ossia 27,000 franchi; ciascuno avrebbe quindi avuto 4,500 franchi. Ma i quattro naturali debbono avere il terzo di quello avrebbero se legittimi, essi dunque non prenderanno che 1,500 franchi per cadauno, 6,000 franchi per tutti, e pagata la loro riserva resteranno 30,000 franchi di beni. Ora la riserva dei due figli legittimi che è di due terzi, sarà di 20,000 franchi, e 10,000 la porzione disponibile.

Se il figlio naturale concorre con ascendenti (p. e. il padre e la madre del defunto) si seguirà sempre la stessa norma. Si dirà: se il naturale fosse stato legittimo avrebbe avuto da solo il dritto ai beni escludendo il padre e la madre, e la sua riserva sarebbe stata la metà dei beni ossia 18,000 franchi; ma essendo naturale e concorrendo con ascendenti egli ha dritto alla metà di quello che avrebbe avuto, e la sua riserva sarà la metà della metà cioè il quarto o 9,000 franchi; avanzeranno dunque 27,000 franchi di beni. Ora gli ascendenti delle due linee (padre e madre nella nostra ipotesi) han dritto alla riserva di metà, essa dunque sarà 13,000 franchi, ed altrettanto la porzione disponibile. — Vogliamo supporre che egli abbia un avo e molti figli naturali, cinque p. e.? Questi cinque figli essendo legittimi avrebbero avuto per riserva tre quarti dei beni ossia 27,000 franchi; ma essendo naturali e in concorrenza con un ascendente del defunto, non han dritto che alla metà dei tre quarti ossia a 13,000 che divideranno fra loro. Sui 22,500 franchi che avanzano l'avo avrà la riserva del quarto cioè 6,625 franchi, e la porzione disponibile sarà di 16,875 franchi.

Adunque in tutte le possibili ipotesi di concorrenza dei figli naturali con eredi legittimari si dovrà sempre applicare la formola di sopra indicata. *Stabilire la riserva dei figli naturali*, *prelevarla sulla massa dei beni*, *e calcolare solamente sul resto la porzione disponibile e la riserva degli eredi*

551. È quistione controversa se la riserva del figlio naturale debba essere la metà o i tre quarti di quella del figlio legittimo, ovvero se pari a quella quando il defunto (lasciando fratelli sorelle o loro discendenti ovvero collaterali ordinarî) abbia istituito un legatario universale.

Onde sostenere che il figlio naturale ha dritto in tal caso alla stessa riserva del figlio legittimo, si dice: il figlio naturale secondo l'art. 758 (674) ha dritto alla totalità de' beni come il figlio legittimo, e di conseguenza può domandare con esso la riserva di metà quando i suoi genitori *non lascino parenti legittimi* in grado successibile, il che significa (come noi stessi abbiam detto sotto l'art. 913, 914 (829, 830)) non lasciare per eredi parenti legittimi. Or quando vi è un legatario universale in faccia a semplici collaterali, quello e non questi è investito dei beni secondo l'art. 1006 (932), cotalchè i parenti collaterali non essendo più eredi, sono nella stessa condizione che se fossero indegni o rinunzianti. Dunque il figlio naturale è allora nel caso dell' art. 758 (674); in faccia a lui non vi è alcun parente legittimo che abbia dritto alla successione; e per conseguenza egli ha i medesimi dritti del figlio legittimo (1).

Non potremmo attenerci a tale sentenza che si fonda secondo noi sopra una falsa interpretazione dell'art. 758 (674). — Esso non parla dei parenti che *in fatto* raccolgono la successione, ma dei chiamati a raccoglierla secondo le norme delle successione *ab intestato*. La indegnità e la rinunzia annientano il titolo di erede in tutto per tutto e rispetto a tutti; in modo che gl'indegni e i rinunzianti sono affatto estranei alla legit-

(1) Chabot (art. 756 (674), n. 29); Delvincourt (t. II); Dalloz (*Success.*, cap. 4. sez. 1).

tima succéssione, nè hanno qualità per conoscere a chi debbano passare i beni a loro tolti. Passeranno essi ad altri eredi? ad uno o più legatari? è valido o pur nullo il testamento se ne esiste? questo o quel legato è valido o caduco? Le son queste quistioni che non riguardano lo indegno o il rinunziante. Ma avviene similmente per lo erede non legittimario a cui son tolti dal legatario universale la proprietà non che il possesso legale dei beni? Certamente nò — A quello erede spetta lo esame e la impugnazione del testamento; fare annullare il legato se occorre; egli conseguirebbe i beni se il legatario rinunziasse al suo dritto; in modo che a lato della successione testata che chiama il legatario universale, vi è quella *ab intestato* pronta sempre a sostituire la prima a cui è chiamato l'erede non legittimario. Questo erede non è dunque spogliato del suo titolo assolutamente, in tutto e per tutto, come l'indegno o colui che rinunzia, ma relativamente al legatario universale in quanto ci sia un legatario universale e nel di costui interesse: egli non deve esser contato rispetto al legatario e a fin di impedirgli il possesso legale dei beni, ma deve esserlo sempre rispetto al figlio naturale e per determinare il dritto successorio di costui. — Così dunque perchè il figlio naturale fosse trattato come lo stesso legittimo secondo l'art. 758 (674) fa mestieri, o non esistere alcun parente legittimo (sino al dodicesimo grado) o gli esistenti rinunziar tutti o essere indegni. Ma esistendo collaterali degni di succedere e che non rinunziano, il figlio naturale è sotto l'impero dell' art. 757 (674); ed egli avrà soltanto dritto alla metà (del dritto del figlio legittimo), se i collaterali sono fratelli, sorelle o loro discendenti, o a tre quarti se sono collaterali ordinari.

Ed eccovi a quali assurdi risultamenti menerebbe il contrario sistema. Il padre naturale che ha un fratello legittimo, avrebbe per porzione disponibile *i tre quarti* del suo patrimonio (nè sarebbe tenuto a lasciare al suo figlio naturale che la riserva del quarto) se facesse legati particolari o a titolo universale; e la porzione disponibile non sarebbe che di metà, se facesse un legato universale! Così, allorchè avrò detto: « lego a Pietro *i tre quarti* dei miei beni » (il che costituisce un legato a titolo universale) il legato sarebbe valido pei *tre quarti;* e se avessi detto: « lego a Pietro *la totalità* dei miei beni » il legato non sarebbe valido che per metà!!! Non è forse manifesto che la porzione disponibile non può essere maggiore o minore secondo il genere di disposizione; nè può essere *minore* con una disposizione *universale*, e maggiore con qualunque altra (1)?

II. — 552. Poniamo ora mente ai nostri articoli 913-916 (829-832) combinati con l'art. 904 (820). Si sa che secondo questo ultimo il minore fra i sedici e i ventun'anno può disporre solo della metà di quello di cui potrebbe un maggiore. Si sa pure che la è questa una regola non di indisponibilità dei beni, ma di incapacità di persone.

Dal non potere il maggiore disporre di più della metà di quello Jarebbe un maggiore non per conservare i beni nella sua famiglia, ma per la sua personale incapacità, ne conseguita che il dritto di disposizione del minore sarà ristretto sempre ed assolutamente, e non solo in faccia agli eredi legittimari — Così in faccia a semplici collaterali, o quand' anche la successione dovesse passare al conjuge o allo Stato, il minore non potrà donar mai che *la metà* di quello che il maggiore potrebbe; ed essendo assenti gli eredi legittimari sarà *la* metà di tutto il suo patrimonio, poichè il maggiore avrebbe potuto donarlo intero. Se il minore lascia eredi legittimari, il testamento non sarà medesimamente valido che per la metà della porzione stabilita dai nostri art. 913, 915 (829, 831). Così lasciando il defunto ascendenti in una delle due linee,

(1) Merlin (*Quist., Riserva*), Toullier (IV-264); Grenier (n. 677); Malpel (n. 161); Duranton (VI-322); Vazeille (art. 761 (T), n. 3).

il testamento con cui egli se maggiore avrebbe potuto disporre dei tre quarti dei beni, non varrà che per un quarto e mezzo ossia per tre ottavi; essendovi ascendenti nelle due linee, il testamento avrebbe vaglia per la *metà* dei beni, e per conseguenza *per un quarto*; essendovi due o più figli legittimi (il che potrebbe bene avvenire con una donna di venti anni) il testamento che avrebbe avuto effetto per un terzo od un quarto non lo avrà che per un sesto o per un ottavo.

553. Essendo la capacità del minore fra i sedici e i ventun' anno valutata dalla legge sulla disponibilità dei beni indicata dai nostri articoli, ne segue che essa crescerà secondo che cresca la porzione disponibile, essendo sempre limitata alla metà di questa. Onde siccome la porzione disponibile cresce con lo scemarsi il numero dei figli che succedono, o quando la rinunzia di tutti i figli fa passare agli ascendenti il dritto di riserva, o quando anche la rinunzia degli ascendenti di una linea riduca a metà tal riserva, o quando infine la riserva scompare per la rinunzia di tutti gli eredi legittimarî; così e per una necessaria conseguenza la capacità del minore crescerà in pari circostanze. Così un giovane di 18 anni lasci morendo il padre e i fratelli; se il padre accetti la successione, il figlio che essendo maggiore avrebbe potuto disporre di tre quarti non lo avrà potuto che di un quarto e mezzo ossia di tre ottavi, ma rinunziando il padre, siccome allora non vi ha più erede legittimario, ed un maggiore avrebbe potuto disporre di tutto il suo patrimonio, il figlio lo avrebbe potuto della metà di tutto il suo. Questo ci sembra evidente, nè comprendiamo la contraria dottrina di Coin-Delisle *(art. 915 (831), n. 15 e la nota del n. 12)*, che la rinunzia degli eredi legittimari non cangia qui nulla, e che nella nostra ipotesi il testamento varrà sempre per tre ottavi, come se il padre avesse accettato. — Coin-Delisle assegna per motivo della sua opinione che si tratta di una capacità personale e che questa non può mutare dopo la morte delle persone.

È una quistione di capacità, si dice. È verissimo; e noi stessi abbiam voluto nei n. 524 e 525 dimostrarlo *contro Coin-Delisle*, che dimenticatolo per poco confondeva la quistione di capacità delle persone con quella della disponibilità delle cose. Sì, è dessa una quistione di capacità, ma le quistioni di capacità debbono come tutte le altre decidersi conforme alla legge. Or dichiara la legge nell' art. 904 (820) che la capacità del minore si valuterà secondo le regole della disponibilità dei beni, e che si estenderà alla metà di quella della porzione disponibile. L'art. 904 (820) dice che il minore ***sarà capace di disporre per testamento*** DELLA METÀ ***dei beni di cui può disporre un maggiore;*** or di che cosa può disporre un maggiore che lascia collaterali e un ascendente che rinunzia alla successione di lui? Lo stesso Coin-Delisle ci insegna che egli può disporre di tutti i suoi beni, dunque il minore in tal caso potrà disporre DELLA METÀ ***dei suoi beni***, e non solo di tre ottavi come dice il nostro dotto collega.

Ma si aggiunge: la capacità della persona non può mutare dopo la morte; in quel punto ella si stabilisce irrevocabilmente. Ma Coin-Delisle dimentica dunque che per la forza della rinunzia, com' egli stesso dice (n. 11), la successione è stata attribuita ***fin dalla sua apertura*** ai soli eredi che la raccolgono in luogo dei rinunzianti; che secondo la finzione dell'art. 785 (702) i rinunzianti si riguardano come non mai esistiti; che quindi qualunque determinazione o di disponibilità di beni (nei nostri art. 913, 916 (829, 832) o di capacità della persona (nello art. 904 (820)) sebbene non avvenga in fatto che più o men lungo tempo dopo l' apertura della successione, si trova riportata in dritto e per lo effetto retroattivo della rinunzia al punto stesso della morte (1).

(1) La decisione invocata dal nostro dotto collega (Caen, 16 feb. 1827) è dunque cattiva tanto nella decisione che nei motivi che lo stesso Coin-Delisle confessa di fondarsi sopra una falsa base.

Poniamo dunque per certo che non solo per determinare la porzione dei beni disponibili del maggiore ma altresì per determinar quella di cui è capace di disporre il minore di sedici a ventun' anno, bisogna tener conto delle rinunzie che possono intervenire nè considerare che gli eredi chiamati diffinitivamente alla successione.

554. Non può incontrarsi alcuna difficoltà intorno al modo onde i beni di cui il minore non ha potuto disporre dovranno essere raccolti dai suoi successori *ab intestato*.

Se il minore ha per eredi figli, essi raccoglieranno secondo le regole ordinarie tutti i beni di cui il defunto non ha potuto disporre, e nei quali troveranno necessariamente più della loro riserva. Così lasciando il defunto un figlio, egli non avrà potuto disporre che della metà *di una metà* cioè di un quarto, e il figlio avrà tre quarti. Se egli ha due figli, non avrà potuto disporre che di metà di un terzo ossia di un sesto, e i due figli avranno cinque sesti. Se in fine tre o più figli accettano la successione, il defunto non avrà potuto disporre che di metà di un quarto ossia di uno ottavo; i figli si divideranno sette ottavi.—Raccogliendosi la successione dagli ascendenti, è ben semplice l'applicazione del principio. Essendovi ascendenti nelle due linee, il minore non avrà potuto disporre che di metà *della metà* ossia di un quarto; e gli ascendenti si divideranno gli altri tre quarti. Essendovi ascendenti in una linea, il minore avrà potuto disporre di metà *dei tre quarti* ossia di tre ottavi; e l'ascendente o gli ascendenti raccoglieranno cinque ottavi. — Se infine in mancanza di figli e discendenti (cioè non esistendone o essendo tutti indegni o rinunzianti) la successione vien raccolta dai collaterali o dal conjuge o dallo Stato, il defunto avrà potuto fare un testamento valido per la metà *di tutti i suoi beni* e i successori *ab intestato* avranno l' altra metà.

555. Merita particolar considerazione il solo caso in cui concorrano ascendenti e collaterali. Ma in questo stesso caso non potrebbe incontrarsi difficoltà: si calcolerà prima la porzione di cui avrà potuto il minore disporre per eseguire il testamento fino alla concorrenza; se del rimamente, diviso secondo le regole ordinarie, si può pagare la riserva degli ascendenti, la divisione si esegue secondo tali norme; se la ordinaria divisione non dovesse dare agli ascendenti tutta la loro riserva, questa si prenderanno essi prima, e i collaterali saranno in obbligo di prendersi il rimanente.

Supponiamo che il minore lasci il padre e la madre e fratelli o sorelle, ed un patrimonio di 40,000 franchi: la porzione di cui il testatore ha potuto disporre essendo metà della metà cioè un quarto ossia 10 mila franchi, il legatario o i legatari prenderanno il quarto. E siccome i tre quarti che avanzano, dividendosi secondo la regola ordinaria dell' art. 748 (671), si devolverebbero in metà ai fratelli e alle sorelle, e nell' altra metà soltanto al padre e alla madre (il che non darebbe a questi la riserva della metà dei beni) abbandonandosi la regola dell' art. 748 (671), i due ascendenti prenderanno la loro metà, un quarto per ciascheduno, ossia 10,000 franchi, e i collaterali si divideranno fra loro il quarto che avanza. È questa l'applicazione della regola ultima dell' art. 915 (831) sviluppata al n. IV della nostra spiegazione.

Se il defunto insieme ai fratelli e sorelle ha lasciato il padre, la porzione di cui ha potuto disporre e che bisogna lasciare ai legatari, è la metà dei tre quarti ossia tre ottavi o 15,000 franchi; ma se si dividessero gli altri cinque ottavi componenti 25,000 franchi secondo la regola ordinaria dell'art. 749 (671), il padre avrebbe un quarto di questi cinque ottavi ossia 6,250 il che non gli darebbe la sua riserva del quarto dei beni ossia 10,000 franchi. Qui pure per conseguenza, lasciata da parte la regola ordinaria, si seguirà quella dell'articolo 915 (831 N); il padre prenderà prima i suoi 10,000 franchi, e i fratelli e le sorelle si divideranno i 15,000 che re-

stano. — Ma se il padre concorresse con collaterali materni non privilegiati, p. e. con cugini; siccome allora secondo l'art. 753 (T) il padre ha dritto alla metà (sebbene abbia sempre la riserva del quarto) e i collaterali soltanto all' altra metà, egli è manifesto doversi eseguire la divisione ordinaria dei 25,000 perchè trova in essa il padre una somma di 12,000 franchi, e quindi più della sua riserva.

Grenier non aveva prima badato ad una spiegazione tanto semplice e vera. Egli pretendeva, snaturando il senso dell' articolo 904 (820), che la metà di cui il minore poteva disporre non si dovesse calcolare in massa sopra tutti i beni, ma separatamente rispetto a ciascuno degli eredi. Questo sistema conduceva sempre alla stessa somma dei beni di cui il minore avesse potuto disporre; ma mutava la divisione degli altri beni fra gli eredi. Così nella riferita ipotesi di un padre e di cugini materni, Grenier diceva; « Se il minore fosse stato maggiore, egli avrebbe potuto togliere ai suoi cugini la totalità dei 20 mila franchi che formano la loro parte, mentre al padre non avrebbe potuto ritogliere che la metà della sua porzione, cioè 10,000 franchi. Dunque egli non potrà togliere al padre che la metà della metà, ossia 5,000 franchi, laddove potrà prendere la metà di tutta la parte spettante ai cugini ossia 10,000 franchi; di che deriva che il padre avrà 15,000 franchi, e i cugini solo 10,000 ». Era questa una fragrante violazione tanto dell' art. 753 (T) (secondo cui la successione *ab intestato* dividesi per metà fra gli ascendenti di una linea e i collaterali dell' altra), quanto dell' art. 915 (831) (il quale non permette agli ascendenti di ricusare questa ordinaria divisione per metà, che nei casi che loro non darebbe la porzione dei beni dovuta per loro riserva; or nella specie nostra questa divisione dà loro più della riserva). Di più questo sistema rigettato dagli altri scrittori (1) è stato infine abbandonato dallo stesso Grenier (n. 579 e 583 *bis*).

556. Ma concorrendo sempre un ascendente con collaterali, il calcolo cambierebbe necessariamente se il minore avesse legato con precapienza allo ascendente la totalità dei beni di cui poteva disporre. Si comprende che il legatario essendo appunto quello che per il suo dritto alla riserva scemava la somma dei beni disponibili, non allegherà questo dritto contro se stesso, anzi si affretterà di lasciarlo, onde crescere i beni disponibili che egli deve prendere. Non sa spiegarsi come Coin-Delisle abbia negato tal risultamento. Così sempre con un patrimonio di 40,000 franchi, il minore di sedici a ventun' anno lasciando per suoi eredi il padre e zii materni, ha legato al primo con precapienza tutti i beni disponibili. Il padre dirà: « se invocassi il mio dritto di riserva, mio figlio che suppongo maggiore, avrebbe potuto disporre di tre quarti del suo patrimonio, ossia di 30,000 franchi, ed essendo minore avrebbe potuto donare la metà dei tre quarti, ossia 15,000 franchi. Ma io messa da parte la mia qualità di legittimario, voglio essere trattato come semplice erede ordinario; quindi mio figlio avrebbe potuto se maggiore disporre di tutto il suo patrimonio, ed essendo minore ha potuto donare la metà della totalità, ossia 20,000 franchi. Io prendo dunque come legatario questi 20,000 franchi, i quali essendomi stati dati con precapienza, io prenderò la metà degli altri 20,000 » Onde il padre avrà tre quarti, e un sol quarto i collaterali.

Questo risultamento rigettato da Coin-Delisle (*art. 915 (831), nota del n. 19*) e da due decisioni (2) ci sembra di una incontrastabile esattezza. Bisogna dire che nè Coin-Delisle, nè le sopraccitate decisioni han pensato al motivo da noi esposto, la cui esattezza se lo avessero esaminato avrebbero senza dubbio scorta.

(1) Merlin (*Rep.*, *Riserva*); Toullier (V-117); Vazeille (art. 915 (831), n. 7)) Coin-Delisle (art. 915 (831), n. 16-20).

(2) Besanzone, 28 nov. 1812; Poitiers, 22 gennaro 1828.

917 (833). — Quando la disposizione per atti tra vivi o per testamento sia di un usufrutto, o di una rendita vitalizia, il cui valore ecceda la porzione disponibile, gli eredi a vantaggio de' quali la legge fa una riserva, potranno scegliere, o di eseguire tal disposizione o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile.

SOMMARIO

I. L' articolo non si applica che per le disposizioni, il cui valore ecceda in rendita la porzione disponibile: *errore del più degli scrittori.*—*Significato e motivi di questa regola.*

II. Essendovi più coeredi, ciascuno di essi può allegare il nostro articolo separatamente e per la sua parte· dissenso con Duranton.

III. L' articolo evita fra l' erede e i donatari la necessità di stimare e ridurre le disposizioni di usufrutto. Ma la stima e la riduzione potranno sempre esser necessarie fra gli stessi donatari.

I.—**557.** Nel nostro antico dritto era molto controverso in qual modo dovevano essere trattate rispetto alla ***legittima*** dei paesi di dritto scritto, o rispetto alla ***riserva*** consuetudinaria (entrambe oggi sostituite dalla riserva stabilita negli art. **913-916** (**829-823**)) le liberalità che han per oggetto ***l' usufrutto*** e non già la proprietà dei beni.

Ricard (part. **3**, n. **1129**) per il dritto scritto, e Renusson *(dei beni propri*, cap. 3, sez. 3) sotto l' impero delle consuetudini insegnavano che le disposizioni di usufrutto dovevano esser trattate come quelle di piena proprietà; in modo che secondo essi dovevasi ridurre qualunque liberalità che toccasse i ***prodotti, le rendite*** della porzione indisponibile, quand' anche il defunto avesse lasciato nella sua eredità molto più di nuda proprietà, che non ne era bisogno, onde ristorare la perdita del godimento. Secondo la loro dottrina la porzione disponibile calcolavasi separatamente, e quanto alla proprietà e quanto alla rendita che doveano entrambe rimanere intatte negli stessi limiti.

Al contrario Despeisses e Duplessis (Succes., l. **1**, cap. **3**, sez. **1**) pretendevano che la porzione disponibile si dovesse calcolare sulla proprietà e sull'usufrutto insieme riuniti, cotalchè le disposizioni di usufrutto resterebbero valide se la nuda proprietà dei beni lasciati all' erede fosse di tal valore da rappresentare la frazione del patrimonio voluta dalla legge.

Così nel primo sistema che era il più comune, vi erano due porzioni disponibili e due riserve, quella della proprietà e quella dell' usufrutto, anche calcolate sulla stessa base; nel secondo ve n'era una sola che versava ad un' ora sulla proprietà e sull'usufrutto. Quando si compilava il Codice, il progetto del Governo riproduceva il sistema di Ricard. Il nostro articolo (n. **17** del progetto) era così concepito: « La donazione di un ***usufrutto*** non può eccedere la porzione di cui si può disporre in proprietà, in tal modo che la donazione di ***un usufrutto o di una pensione*** sia riducibile al quarto alla metà o ai tre quarti della ***rendita totale*** nei casi di sopra espressi » (Fenet, tom. 2, p. 276). Ma quando si disculeva nel consiglio di Stato, la sezione legislativa stimò troppo severo il sistema, e troppo impeditivo della libertà del disponente; e che se da una parte non si poteva permettere che ai legittimari si lasciasse la sola nuda proprietà, non bisognava nemmeno facultare un figlio, per esempio, a ridurre una liberalità per ciò solo che eccedesse alquanto la metà della rendita quando egli trovasse nella successione quasi la metà di essa rendita con tutta forse la nuda proprietà. In conseguenza la sezione onde salvare la liberalità del disponente e i dritti dei legittimari, ed evitare una stima di usufrutto sempre incerta e problematica, propose che dai legittimari si scegliesse o di eseguire la disposizione di usufrutto per intero, o di conservare per intero l' usufrutto, abbandonando in sua vece la piena proprietà della porzione disponibile.

La disposizione del progetto fu dunque mutata in questa, che portava allora il n. 19: « se la donazione fra vivi o per testamento sia di un usufrutto o di una rendita vitalizia, gli eredi potranno scegliere o di eseguire tale disposizione, o di abbandonare la porzione disponibile » (Fenet, tom. 12, p. 299). Da ultimo, quando fu presentato l' articolo alla Assemblea generale del consiglio, il principio fu subito ammesso; ma siccome il modo troppo assoluto della frase accordava ai legittimari il dritto di rivocare qualunque disposizione di usufrutto, quand' anche non avesse toccato le rendite della riserva, l' articolo fu adottato salva una più esplicita compilazione. In tal modo esso fu compilato quale al presente si legge, spiegando che la esecuzione o la rivocazione mercè l' abbandono della proprietà disponibile esiste solo per le disposizioni di usufrutto o di rendite, *il cui valore ecceda la porzione disponibile* (certamente la porzione disponibile *della rendita*).

558. Stante questi fatti, ci sorprende che il più degli scrittori non abbia compreso il senso di queste ultime parole.

Levasseur (n. 85) insegna che l' articolo accordi la scelta unicamente per quelle disposizioni di usufrutto che han per oggetto un usufrutto il cui *valore venale* ottenuto mercè una perizia superasse il valore della piena proprietà disponibile. Così essendovi un sol figlio e un patrimonio di 100,000 franchi (il che dà una porzione disponibile di 50 mila franchi) la liberalità darebbe luogo alla scelta di cui trattiamo, quando avesse per oggetto un usufrutto stimato più di 50,000 franchi. Ma è questo un evidente errore, essendosi dettato il nostro articolo appunto nel doppio fine, 1° di evitare la stima, 2° d' impedire che l' erede legittimario fosse ridotto a non avere altro che una nuda proprietà. Ora il presente sistema menerebbe a rendere inevitabile la stima, e poi siccome un usufrutto non può essere stimato più della metà della piena proprietà, ne segue che il disponente potrebbe quasi sempre lasciando un figlio o il padre e la madre, dar l' usufrutto di tutti i suoi beni, e lasciare che i suoi più prossimi parenti muojano d' inedia o vivano nella miseria aspettando la morte degli usufruttuari; cioè che sarebbe impossibile immaginare una interpretazione più contraria al pensiero della legge. Tutti gli scrittori, come ben si comprende, han rigettato questa idea di Levasseur, ma i più in vece ne hanno ammesso una che non è quella del Codice. Pretendono essi (1) che per *valore eccedente la porzione disponibile* l' articolo intende parlare del valore che dall'erede legittimario si *pretende eccedere* la porzione disponibile talmente che l' erede sarebbe il solo giudice della quistione, ed avrebbe la scelta di cui parla l'articolo, per ciò solo che gli paresse troppo onerosa la liberalità e si dolesse del suo eccesso. Ma se questa altra interpretazione è in fatto più ragionevole della prima, non può in dritto sostenersi meglio. In questo sistema l' erede sceglierebbe qualunque disposizione di usufrutto trovandola per lui molesta; or se tal facoltà assoluta avessero voluto dare i compilatori, perchè non conservare l' articolo tale quale fu presentato dalla sezione? Se l'articolo della sezione non è stato adottato che salva migliore compilazione, gli è perchè tal compilazione presentava assoluta la facoltà che si voleva ristretta ad un caso speciale.

È forza dunque riconoscere che il secondo sistema sia erroneo, come il primo, e che le parole *il di cui valore ecceda la porzione disponibile* significhino *il cui valore ecceda* LA PORZIONE DISPONIBILE IN USUFRUTTO. Non vi può essere alcun dubbio sul proposito, esaminati che sono i motivi pei quali si è adottato il principio dell' articolo presentato dalla sezione.

Ricordiamo che un articolo del progetto aveva sanzionato la dottrina di Ricard e

(1) Grenier (n. 658), Toullier (V-142), Delvincourt (t. II), Proudhon (*Usufrut.*, n. 338), Duranton (VIII-243) Dalloz (V, p. 412), Vazeille (art. 917, (833), n. 1) Poujol (n. 2) Zachariae (V, p. 150).

Renusson, stabilendo separatamente per l' usufrutto una porzione disponibile e altra riservata, simiglianti a quelle stabilite per la proprietà; il che avrebbe permesso la riduzione delle disposizioni di usufrutto che superassero la porzione disponibile *di usufrutto*. Ricordiamo medesimamente che la sezione legislativa aveva modificato tal sistema e dichiarato che l' erede anzichè far ridurre dovrebbe allora rivocare per intero la disposizione abbandonando la porzione disponibile di proprietà. Non si trattava dunque che di liberalità di usufrutto che eccedessero la *porzione disponibile di usufrutto*. Questa idea fu anche sanzionata dal consiglio di Stato, siccome ci viene formalmente indicato dalle osservazioni di Tronchet per le quali fu adottato l' articolo (Fenet, XII, p. 327, 328).

Tutto questo prova abbastanza contro Toullier Duranton ed altri, che la scelta di cui il nostro articolo parla non si accorda a libito dell' erede contro qualunque disposizione di usufrutto che gli fosse molesta, ma contro quelle soltanto che eccedessero realmente la porzione disponibile (dell'usufrutto). Al testo preciso dell'articolo si aggiungono tutti insieme i lavori preparatori, i quali provano non essersi trattato che di liberalità *che un tempo si riducevano alla rendita della porzione disponibile secondo la dottrina di Ricard*. Ed altra prova abbiamo in un passo della relazione al Tribunato: « Trattandosi di una disposizione che versa sopra un usufrutto, gli eredi non avrebbero il dritto di impugnarla, per ciò solo che scegliessero di abbandonare la proprietà della porzione disponibile. *Gli è necessario avanti tutto esser provato che la liberalità ecceda la porzione disponibile* » (p. 593 594).

Così se un padre, lasciando per erede l'unico suo figlio, ha donato o legato il quarto il terzo, o la metà dell' usufrutto di tutti i suoi beni, il figlio non potrà impugnare tal disposizione; perchè la porzione disponibile è quì di *metà* e la disposizione non eccede tal metà; essa non eccede dunque la porzione disponibile in rendita.

Sarà lo stesso se il padre ha *dato o legato* una pensione o una rendita vitalizia di 12,000 franchi, se la rendita *netta* dei beni ereditari sia di 2,400 franchi o di più. Ma se dato un usufrutto *di metà* dei beni o di una rendita o pensione di 1,200 fr. con un patrimonio di una *rendita di* 2,400 il padre lasciasse tre figli; siccome allora la porzione disponibile è del *quarto*, e la disposizione quindi eccede la porzione disponibile (in rendita), si applicherà *il* nostro articolo, e i tre figli potranno rilasciare l' usufrutto o la rendita, o donare in piena proprietà il quarto dei beni del loro padre (1).

II. — 559. Lasciando il defunto parecchi eredi legittimari, gli è manifesto che ciascuno di loro separatamente e per la sua parte ha la scelta consentita dal nostro articolo, talmente che l' uno potrà eseguire la disposizione in ciò che la riguarda, e l' altro abbandonerà la sua frazione della porzione disponibile. Così, allorchè un padre, lasciando due figli, avendo un terzo per sua porzione disponibile, ha legato la metà dell' usufrutto dei suoi beni, uno dei figli potrà rilasciare al legatario la metà del legato cioè l' usufrutto del quarto del patrimonio, mentre che l'altro lo costringerà ad accettare la metà del terzo (ossia un sesto) della porzione disponibile.

Duranton intanto opina (VIII-346) che si *potrebbe* altrimenti decidere per analogia degli art. 1670 e 1685 (1516 e 1531). I quali articoli si occupano, il primo, dell' azione di ricompra di un immobile venduto con facoltà di ricompra, il secondo, dell' azione di rescissione della vendita di un immobile per lesione di oltre sette dodicesimi; e decidono che morto il venditore, gli eredi di lui devono concertarsi fra loro onde esercitare l'azione per l' intero immobile, non potendo uno o più di loro esercitarla in parte.

Ma si è risposto con ragione a Duranton che quella è una eccezione al principio della divisione de' dritti attivi e passivi del

(1) *Conf.*, Maleville, Demante (II-280); Coin-Delisle (nn. 4 e 7); Saintespés (III-370).

defunto fra gli eredi di lui, oltre la quale eccezione si rientra nel dritto comune. Dessa è fondata su ciò, che quello che vendendo un immobile ha consentito di risolversi il suo acquisto in determinati casi, non ha voluto per ciò essere costretto a conservare un terzo, un decimo od una qualunque frazione dell' immobile e a patire in tal modo gli inconvenienti della comunione. Or qual v'ha analogia fra lo acquirente a *titolo oneroso* di un immobile a cui si vuole imporre una grave molestia (la di cui possibilità avrebbe forse impedito il contratto) e il semplice donatario o legatario il quale alla fine non sarebbe in trista condizione perchè ridotto ad avere una rendita, un usufrutto ed una pensione minore, ricevendo da altra parte dei beni di cui sarà solo ed unico proprietario? Nessuna certamente. Di più questa idea di Duranton è stata unanimamente rigettata (1).

III. — 560. La riduzione delle disposizioni di usufrutto o di rendite sebbene il legislatore colla disposizione del nostro articolo, abbia voluto schivarla per quanto è possibile (atteso la difficoltà della stima), alle volte è pure necessaria. Ciò suppone il Codice stesso negli articoli 1970 e 1973 (1842 e 1845) che parlano della riduzione delle rendite vitalizie. — Mercè il nostro articolo difatti la stima e la riduzione non saranno mai necessarie fra lo erede e i donatari o legatari, ma potranno esserlo per questi ultimi fra loro.

La riduzione non sarà mai necessaria fra l'erede e i donatari o legatari. — Supponiamo prima che la disposizione o fra vivi o per testamento, ed abbia per oggetto (una rendita, un usufrutto, per esempio) sia stata *preceduta* da una donazione fra vivi in piena proprietà; la donazione avrà effetto e l'usufruttuario prenderà lo eccesso della porzione disponibile in vece del suo usufrutto. Così, il defunto che lascia un figlio unico, avea donato a Pietro una casa del valore di 32,000 franchi, e di poi ha donato o legato a Paolo una rendita vitalizia di 1,500 franchi o l'usufrutto di cosa produttiva in ogni anno di tal somma. Il figlio che vede così togliersi 1,500 franchi di rendita colla prima donazione, ed altrettanti coll'altra, in tutto 3,000 franchi (essendo il prodotto totale del patrimonio di 5,000 franchi) il defunto dunque ha disposto di oltre la metà delle sue rendite, e conseguentemente il figlio può allegando il nostro articolo, rispettare la prima donazione di 3,000 franchi, ed avanzando 20,000 di disponibile donare tal somma al gratificato dalla seconda disposizione, dispensandosi di soddisfare l'usufrutto o di pagare la rendita vitalizia. — Supponiamo ora che la disposizione delle rendite che tocca la riserva, sia stata *preceduta* medesimamente da una donazione di rendite. Così, il defunto (che ha sempre un figlio ed un patrimonio di 100,000 franchi) aveva donato a Pietro una rendita vitalizia di 2,000 franchi; e poi dona o lega a Paolo un' altra rendita vitalizia parimente di 2,000 franchi; le liberalità ammontano a 4,000 franchi di rendita sopra 5,000, e vi è eccesso; che farà il figlio che non vuol pagare i decorsi di tali rendite? Sui 50,000 franchi di porzione disponibile, ne impiegherà 40,000 per pagare la rendita di Pietro, primo donatario, e li avrà in proprietà Paolo (o i suoi eredi) alla morte di Pietro; di poi risegnerà subito nelle mani di Paolo gli altri 10,000 franchi. Se la prima donazione fosse di un usufrutto (di 2,000 fr. di rendita parimente) il figlio anzichè impiegare, come abbiam detto, una somma di 40,000 franchi rilascerà ad un' ora l'usufrutto della cosa a Pietro e la nuda proprietà a Paolo. — Supponiamo in terzo luogo che una donazione di rendita vitalizia o di usufrutto, che ecceda da se sola la porzione disponibile della rendita, siesi fatta *la prima* e sia stata seguita da un'altra disposizione in piena proprietà; così il defunto aveva prima donato a Pietro una rendita vitalizia di 3

(1) Grenier (n. 638); Toullier (V-143); Delvincourt (t. 11); Proudhon (*Usufr.*, n. 342); Dalloz (cap. 3, sez. 3); Vazeille (n. 7); Coin-Delisle (n. 11); Zachariae (V, p. 159); Saintespés (II-375).

mila franchi e poi ha donato o legato a Paolo la somma di... o quella casa, o un cavallo, o altra qualunque cosa ; il figlio darà a Paolo tutta la porzione disponibile, cioè 50,000 franchi (o tutti in contanti , se la liberalità fatta a Paolo è di danari; o nel caso contrario, valutando la cosa donatagli per lo prezzo che varrà, e dando il dippiù in ispecie e sopra tal somma (di cui una parte sarà di conseguenza impiegata) Paolo sarà tenuto a pagare la rendita di Pietro. — Da ultimo , per quanto complicate possano essere le ipotesi , nè la riduzione nè la stima che richiedessero , saranno mai necessarie per lo erede; perchè potrà sempre chiamati i diversi interessati, abbandonare ad essi tutti la porzione disponibile, salvo a concertarsi per dividersela fra loro.

561. Ma la riduzione la stima di una disposizione che ha per oggetto semplici rendite, se indispensabili non sono mai fra lo erede i donatari o legatarì, potranno esserlo pei donatari fra loro. Così , per esempio, se un testamento contiene vari legati ; dei quali uno di usufrutto o di rendita vitalizia , e che nel totale ecceda la piena proprietà della porzione disponibile, dovendo la riduzione di tutti questi legati farsi in proporzione e a tanto per uno (*vedi* l'art. 926 (843)) sarà uopo stimare il legato di usufrutto o di rendita vitalizia onde conoscere quanto ne sia il capitale e ridurlo insieme agli altri.

918 (834).—Il valore in piena proprietà dei beni alienati ad una persona in grado di succedere in linea retta , sia col peso di una rendita vitalizia, sia a fondo perduto, o con riserva di usufrutto, sarà imputato nella porzione disponibile; e l'eccedente, se ve n'è , sarà conferito nella massa. Questa imputazione e questa collazione non potranno esser domandate da coloro fra i successori in linea retta, che avessero prestato il loro consenso all'alienazione, nè in verun caso da' successori in linea trasversale.

SOMMARIO

I. Idea generale dell'articolo.

II. L'articolo si applica ai parenti in linea retta eredi presuntivi nel giorno della alienazione : Dissenso con Delvincourt , Poujol e Vazeille. Ma si applica a tutti i parenti : errore di Delvincourt.

III. Non si applica alle alienazioni fatte a fondo perduto o con riserva d'usufrutto; quando vi ha fondo perduto; gravi errori di Duranton.

IV. Si applica al fondo perduto il di cui prezzo deve pagarsi al venditore. Dissenso con Vazeille.

V. L'erede che soffre la imputazione di cui parla l'articolo non può domandar le somme da lui effettivamente pagate : Errore di Duranton.

VI. L'imputazione non può essere domandata quando hanno approvato l'atto i coeredi presuntivi del giorno che si fa. Dissenso con parecchi scrittori.—Importante osservazione.

VII. Significato delle ultime parole dell'articolo. Errore di Toullier e Poujol; più grave errore di Duranton.

I. — 562. Quando una persona ha venduto o in generale alienato una cosa in vantaggio di uno dei suoi eredi presuntivi in linea retta, a fondo perduto o con riserva d'usufrutto, la legge per tali circostanze riguarda l'alienazione, non ostante l'apparenza di atto a titolo oneroso, come una donazione realmente simulata.

Ma d'altra parte il celarsi tal donazione sotto la forma d'un atto oneroso , ben provando la intenzione del donante di dispensare il donatario dalla collazione, nè potendo una formale ed esplicita dispensa essere richiesta per simigliante liberalità (essendo assurdo il chiedere che un atto dichiarasse dispensato dalla collazione *il*

dato oggetto mentre esso lo presenta come *venduta*), la legge dice che tale liberalità sarà dispensata dalla collazione e soggetta solo alla riduzione nel caso che eccedesse la porzione disponibile. È questo il senso della prima frase del nostro articolo dichiarante che si potrà imputare sulla porzione disponibile, onde mettersi in collazione (cioè *ridurre*) l'eccedente, il valore in piena proprietà dei beni alienati nelle circostanze da noi indicate.

Nel nostro articolo, come si scorge, lo atto che si manifesta come vendita è come tale annullato e mantenuto come donazione. Quindi noi qui siamo in uno dei casi che la legge sul fondamento della sua presunzione annulla un atto; e nessuna prova secondo l'articolo 1356 (1310) potrebbe ammettersi contro di essa presunzione. Così il preteso compratore proverebbe indarno nel modo più certo che vi sia stata veramente una vendita di cui ha realmente soddisfatto i pesi; egli è soggetto ad una di quelle presunzioni chiamate dalla dottrina *juris et de jure*, nè potrebbe sfuggirne l'effetto; sarà legalmente provato che la cosa gli è stata dovuta ed egli dovrà patire la riduzione se bisogno fosse, cioè se la riserva fosse tocca.

563. Del resto la legge offre un facile mezzo onde evitare la presunzione di liberalità qui stanziata, cioè di fare intervenire nel contratto tutti i coeredi presuntivi in linea retta egualmente, dell'acquirente: l'approvazione data da essi all'atto è sufficiente guarentigia della sua verità e sotto tal condizione l'atto sarà mantenuto come fatto veramente a titolo oneroso. Quanto ai coeredi (presuntivi) collaterali, siccome non han mai dritto a riserva e potendo il contratto impugnarsi soltanto quando tocca la dovuta riserva, essi non potranno mai muovere alcuna doglianza.

Sviluppiamo ora le idee accennate che i compilatori del Codice attinsero nell'articolo 26 della legge del 17 nevoso anno II.

II. — 364. E primieramente, la pretesa vendita sol quando si fa ad un parente in linea retta, vien dichiarata una donazione dispensata dalla collazione, ma da ridursi alla porzione disponibile; se fatta ad un collaterale, i coeredi di costui non potrebbero allegare la presunzione del nostro articolo. Così un tale che ha per eredi presuntivi il padre ed un cugino materno, venda a questo a fondo perduto o con riserva d'usufrutto gran parte del suo patrimonio; non potrà dire il padre tal vendita doversi presumere una donazione, e i beni in tal modo alienati contare per la formazione della massa sulla quale egli dee prendere la sua riserva del quarto; essendo obbligato ad accettare per vera la vendita e a prendere sui restanti beni la sua parte riservata. — Potrebbe maravigliare che la legge sottragga in tal modo semplici eredi collaterali alla rigorosa presunzione stabilita senza pietà contro tutti gli eredi in linea retta; ma ciò si spiega con un pensiero probabile del legislatore; che la frode e il mascheramento delle donazioni sarebbero più a temersi e più frequenti in vantaggio degli eredi in linea retta che dei collaterali.

Non basta per applicarsi il nostro articolo che quello a cui è stata fatta l'alienazione sia *parente* del defunto in linea retta, bisogna inoltre essere suo *successibile* cioè suo erede (presuntivo nel giorno in cui quella vien fatta). Così, l'alienazione consentita in vantaggio del padre da chi avesse discendenti, non sarebbe colpita dal nostro articolo, sebbene i discendenti di lui morissero avanti il loro autore o rinunziassero la successione, cotalchè il padre diventerebbe erede del debitore insieme agli ascendenti della linea materna.

Intanto Delvincourt, Poujol (n. 4) e Vazeille (n. 3) insegnano in contrario che la parola *successibili* usata due volte dal nostro articolo significhi gli eredi veri ossia quelli che son tali alla morte della persona, posto anche che non ne fossero stati eredi presuntivi nel giorno della donazione. — Non potremmo noi attenerci a tale avviso. Negli articoli 846 e 847 (765 e 766) la legge volendo parlare dei parenti in grado di succedere al punto della morte

ma che non lo fossero al tempo della donazione, ha curato dire che *sono idonei a succedere al giorno dell' apertura della successione*; al contrario qui, ella tratta dei beni *alienati ad uno dei successibili*, il che vuol dire dei parenti successibili (presuntivamente) nel giorno che si fa l' alienazione. Da altra parte essendo il nostro articolo una rigorosa disposizione (sebbene annulli atti che possono essere stati troppo seri) è necessario dunque nel dubbio, restringerne anzichè estenderne l' applicazione (1).

565. La presunzione di cui trattiamo, perchè il nostro articolo presenta una severa eccezione che non deve quindi estendersi oltre i suoi termini, non applicherebbesi alle alienazioni fatte al padre, alla madre, ai discendenti o al conjuge del successibile in linea retta. Così, per modo di esempio, se il defunto che non ha discendenti ma solo il padre ed un avo paterno, avesse fatto l' alienazione non al padre ma all' avo paterno o alla matrigna, padre o moglie di suo padre, non potrebbesi applicare l' art. 911 (827) per pretendere che lo apparente acquirente sia reputato di pieno dritto persona interposta, e che l' atto debba annullarsi come se si facesse apertamente al padre stesso del defunto. L' art. 911 (827) difatti dice che le liberalità fatte al padre, alla madre, ai discendenti o al conjuge di un incapace son riputate fatte allo stesso incapace, ma onde applicare l' art. 911 (827) fa mestieri innanzi tutto che vi sia una donazione; ma il presente articolo riguarda l' alienazione di cui parliamo come donazione che quando sia consentita al *successibile*.

Ma se l' articolo non deve estendersi non lo si può nemmeno restringere; e se fa uopo applicarlo ai successibili in linea retta nel giorno della alienazione, lo si deve almeno a tutti. Non comprendesi come Delvincourt abbia potuto pretendere che non si applicasse agli ascendenti. La legge è formale; trattando di successibili in *linea retta* opposta ai successibili in *linea collaterale* (2).

III. — 566. L' alienazione fatta in favore di un erede presuntivo in linea retta perchè si reputi di pieno dritto una donazione, bisogna sia fatta 1° o a fondo perduto, 2° o con riserva di usufrutto.

L' alienazione a *fondo perduto*, come indicano il suo stesso nome, tutti i *nostri* antichi scrittori e tutti i dizionari, è quella che fa il proprietario colla permuta di semplici rendite durabili per tutta la sua vita; talmente che la cosa uscita dal *suo patrimonio* non vi è sostituita da un capitale che deve in quello restare, e si trova *perduto* quanto al *fondo*.

Così, evvi vendita a fondo perduto, *quando* vi trasferisco la proprietà della mia casa per un usufrutto da voi consen*titomi* sopra un fondo che vi appartiene, o per una rendita annua di derrate che *voi mi* presterete fino alla mia morte, o per una rendita vitalizia di una determinata *somma*. La rendita vitalizia, come si scorge, è una specie di cui il genere è *il fondo* perduto; e il nostro articolo non procede logicamente parlando in opposizione, dell' alienazione fatta *o col peso di una rendita vitalizia, o a fondo perduto*.

Non sorprende nel Codice questo leggiero vizio di compilazione; ma sorprende singolarmente la idea di Duranton il quale crede l' alienazione essere a fondo perduto quando si fa mercè una rendita *perpetua* perchè egli dice, il fondo della cosa non è rappresentato dal capitale esigibile in un determinato tempo (VII-334)! Di certo l' errore è strano; il fondo alienato è allora rappresentato e sostituito nel patrimonio o dalla *rendita*, la quale non consiste nelle annualità che si ricevono in ogni anno, ma nel principio produttore di quelle che ne sono i frutti; dalla rendita che vi sta a tempo ed estinguesi alla morte di chi ne gode, come la rendita vitalizia, ma che

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Riserva*, sez. 3); Grenier (n. 642); Toullier (V-131 e 132); Coin-Delisle (n. 9) Saintespés (II-397).

(2) Levasseur (n. 172); Dalloz (cap. 3, sez. 3); Vazeille (n. 2); Coin-Delisle (n. 7) Saintespés; (II-390).

rimarrà sempre *perpetuamente* nel patrimonio ove gli eredi la ritrovano, dalla rendita che sarà sempre la stessa quando sarà stata pagata a chi l'ha costituita, e alle tre, quattro, cinque, o più generazioni dopo di lui. Ove dunque scorgete che questo fondo sia perduto?—Infine, si dice, non v' è capitale esigibile! Ma permutando io la mia casa col vostro podere, non ho neanco capitale esigibile... Se ne voglio, venderò il podere, come nell' altro caso la rendita perpetua di cui parliamo; i due casi sono identici. La permuta della mia casa col vostro podere sarebbe altresì per Duranton, una alienazione a fondo perduto, perchè allora non havvi capitale da riscuotere. Tale idea è un grossolano errore (1).

Del resto se questo errore è strano in se stesso, non lo è in Duranton che giunge fino a credere che alcuno potrebbe essere tentato a chiamare medesimamente a fondo perduto le vendite fatte per *un prezzo in contanti*, ed ei si piace di fare una lunga disquisizione (num. 335) per dimostrare il contrario!

567. Per quanto riguarda l' alienazione con riserva di usufrutto, la cosa è troppo semplice nè ha bisogno di spiegazione. Diciamo soltanto per notare un altro errore di Duranton (n. 333), che la vendita con riserva di usufrutto non rientri nella vendita a fondo perduto, che dessa non ne sia una specie. Senza dubbio quella vendita può essere ad un tempo a fondo perduto e con riserva di usufrutto; ma queste due qualità che possono coesistere, sono affatto distinte. Vendendovi il mio podere di cui mi riserbo l' usufrutto, la vendita versa sulla nuda proprietà e può farsi come qualunque altra, a fondo perduto o altrimenti.

Per esempio, se vi vendo questa proprietà per una rendita vitalizia, o per un usufrutto che mi date di uno dei vostri fondi, l' alienazione è a fondo perduto, non ricevendo io alcun capitale, alcun fondo permanente che sostituisca nel mio patrimonio la cosa che ne usciva; ma se la nuda proprietà ve la trasferisco per 50,000 franchi pagatimi in contanti, o per una rendita perpetua, o in cambio della vostra casa, io non l' alieno di certo a fondo perduto. Tutto ciò è veramente elementare, nè sa capirsi che un professore sia potuto cadere in tal dimenticanza (2).

Così, 1° l' alienazione a fondo perduto (sia o pur nò con riserva di usufrutto) e 2° fatta con riserva di usufrutto (sia o pur nò a fondo perduto) è dalla legge dichiarata una donazione. Il nostro articolo pertanto è stato più severo della legge del 17 nevoso anno II che stabiliva la presunzione del carattere gratuito per le sole vendite a fondo perduto.

IV.—568. È controverso se l'alienazione fatta col carico di rendita vitalizia (o in generale, a fondo perduto) sia colpita dal nostro articolo quando il valore che è il prezzo del fondo perduto debba pagarsi al venditore, o se vi sia soggetta in tutti i casi (3). Così, quando un padre aliena in vantaggio di uno dei suoi figli una somma di... col carico che questi paghi una rendita vitalizia dovuta dal padre ad un terzo, tale alienazione sarà in faccia alla legge una donazione? Devesi secondo noi rispondere di nò, ed eccone i motivi.

1. Quando la legge dichiara nullo come atto oneroso, ed ammette come donazione pura e semplice, il contratto per cui mio padre ha detto di vendermi la sua casa per una rendita vitalizia di 1,200 franchi, la legge per ciò stesso dice che la pretesa rendita che sembrava il prezzo della casa non è reale; che mio padre non intendeva domandarmela facendo il contratto, non me la ha domandato, e che le quietanze che potrei esibire sono simulate. Or come fa-

(1) Toullier (V-131, nota); Vazeille (n. 5); Coin-Delisle (n. 4); Saintespés (II-382); Zachariae (V, p. 160); Rig., 12 nov. 1827.

(2) Merlin (Quest. alla parola *Vendita a fondo perduto*); Toullier (*loc. cit.*); Grenier (p. 639); Coin-Delisle (n. 6); Saintespés (II-382); Rig., 27 aprile 1808; *Conff.* 23 brumaio anno XII.

(3) *Aff.* Vazeille (n. 6); Rig., 7 agosto 1833 (Dev., 33, 1, 699);—Negat., Grenier (n. 639); Levasseur (n.170); Coin-Delisle (n. 5); Saintespés (II-392); Rig., 27 aprile 1808.

rebbe la legge tal dichiarazione, trattandosi di una rendita che mi sono obbligato di pagare non a mio padre ma ad uno estraneo, ad un terzo che mi fa le quietanze, e al quale continuo a pagare la rendita dopo la morte di mio padre?

2. Il nostro articolo assimila l'alienazione a fondo perduto a quella fatta con riserva di usufrutto; or non si può alienare un fondo con *riserva* di usufrutto che conservandone l'usufrutto per se stesso; vendendo la nuda proprietà della mia casa a Pietro, e l'usufrutto a Paolo, io nulla me ne riservo. Dunque, se mio padre vende a me la nuda proprietà vendendone ad un terzo l'usufrutto, io non sarò più nel caso del nostro articolo, nè mi si potrà dire che mio padre mi abbia fatta una donazione.

Ma da ciò che l'attribuzione dell'usufrutto ad un terzo impedisce la presunzione di frode, che risulterebbe dal conservare mio padre l'usufrutto, non gli è manifesto che l'obbligo di pagare la rendita vitalizia al terzo dovesse altresì impedire la presunzione stabilita dalla legge quando si tratta solo di pagare la rendita al preteso venditore?

3. Questa decisione in fine ravvalorasi pure col senso naturale e grammaticale delle parole. Tutti sappiamo in fatti che le espressioni *vendere o donare a fondo perduto*, *o per un vitalizio*, *col carico di rendita vitalizia*, quando nulla vi si aggiunge per modificarne la significazione ordinaria e determinare il valore in un senso speciale, significano una alienazione il di cui beneficio è stipulato in vantaggio del venditore, e non del terzo.

Ora invece di esservi alcuna circostanza che qui modifichi il senso ordinario delle parole, tutto al contrario è il pensiero intimo del legislatore e il modo onde è compilato l'articolo tende a confermare questa comune significazione.*

* Troplong, *Don. e Test.*, n. 860, vol. 1.

Ma una quistione più grave consiste nel sapere se l'art. 918 (834) sia applicabile alle alienazioni col peso di rendita vitalizia, non già a favore del padre, ma di un terzo.

La Corte di cassazione ha deciso che non bisogna far distinzione, postochè non ne fa l'art. 918 (834). Senonchè un altro arresto del 27 apr. 1808 conduce ad un risultamento contrario.

Il primo di questi arresti è stato fortemente biasimato; gli si è opposto che la simulazione, tanto facile a presumersi fra padre e figlio, non può ammettersi allo stesso modo, quando è un terzo che riceve le annualità, che ne dà quietanza, ec.

Ma vediamo le specie.

Nell'arresto della Corte di cassazione del 7 agosto 1833, trattavasi d'una convenzione fra Bidon ed il suo figlio primogenito, con la quale Bidon figlio si era obbligato a cottino mediante un capitale di 15.000 franchi che avea ricevuto dal padre a pagare diverse partite di rendite ammontanti insieme a 15,000 franchi, che il padre doveva a diverse persone.

Con la stessa convenzione Bidon figlio mercè un altro capitale di 30,000 franchi, che egualmente avea ricevuto dal padre, avea costituita in favor di quest'ultimo una rendita vitalizia di 3.000 franchi.

Alla morte del padre, gli altri figli domandarono contro il fratello primogenito la collazione dei capitali che avea ricevuti dal padre comune col peso di rendite vitalizie da soddisfare, sia ad esso genitore sia a terzi.

Bidon figlio sostenne che almeno bisognava distinguere nella specie il capitale di 30.000 franchi destinato a somministrare una rendita vitalizia al padre comune; ed il capitale di 15.000 franchi destinato al pagamento delle rendite che quegli già doveva a' terzi; nel quale ultimo caso non si poteva ammettere la presunzione d'un vantaggio indiretto del padre al figlio, nel senso dell'art. 918 (834).

Un arresto del 7 febbraro 1829 della Corte di Angers rigettò siffatta distinzione, e condannò Bidon figlio alla collazione integrale delle somme da lui ricevute.

Innanzi alla Corte di cassazione il consigliere relatore faceva osservare che, se un padre di famiglia potesse trasmettere ad uno de' suoi eredi l'onere di pagar delle rendite vitalizie ch'egli avea già costituite e che avesse da lungo tempo soddisfatte, e trasmettergli ad un tempo i capitali che avesse riscossi per la costituzione di quelle; potrebbe da tal sostituzione dell'erede all'autore comune risultare un vantaggio considerevole pel successibile che raccogliesse il benefizio delle estinzioni.

L'arresto della Corte decise nel modo più assoluto che non v'era luogo a far nella specie veruna distinzione e che in effetti nessuna ne ha consacrata l'art. 918 (834) tra gli impieghi fatti sul capo dell'autore comune e quelli effettuati sul capo di estranei, che per conseguenza si debbono in tutti i casi considerare come impieghi a fondo perduto nel senso dell'articolo 918 (834), gl'impieghi fatti sul capo di estranei o sul capo del venditore ogni qualvolta l'alienazione è fatta dall'autore comune in favore del successibile che è chiamato a raccogliere il beneficio dell'alienazione all'estinguersi della rendita.

Ei ci sembra difficile rispondere all'arresto della Corte di cassazione ed alla considerazione recata in mezzo dal consigliere relatore.

V.—**569.** Presumendosi donazione qualunque vendita fatta a fondo perduto o con riserva di usufrutto, ne deriva, come noi abbiamo già detto, che quanto potrebbe avere realmente pagato l'erede per fare lo acquisto è reputato di pieno dritto come non pagato, nè può essere domandato.

Così il padre di tre figli, proprietario di un patrimonio di 200,000 franchi, fatta ad un estraneo la donazione di 40,000 franchi (il che gliene lascia disponibili 10,000) vende ad uno dei suoi figli una casa per 25,000 franchi riserbatosene l' usufrutto. Supponiamo che tal vendita si è fatta sul serio e di buona fede, e che i 25,000 franchi sono stati realmente pagati in contanti. La vendita per quanto seria possa essere, fatta con riserva di usufrutto, vien dichiarata una donazione mascherata imputabile sulla porzione disponibile; si valuterà dunque la casa in piena proprietà, e riconoscendosi valere 35,000 franchi , il figlio acquirente sarà tenuto a soffrire una riduzione di 20,000. Questo è ben duro, ma è conseguenza del nostro articolo, nè il figlio potrebbe sfuggirla che facendo consentire alla alienazione i suoi due fratelli.

570. Duranton (VII-337) respinge questa conseguenza; ma delle tre ragioni allegate nessuna ve n'ha che possa meritare lo esame. Egli dapprima invoca la legge del nevoso anno II, di cui il nostro articolo ha riprodotto le idee, e che secondo lui ordinava in questo caso la deduzione di ciò che era stato realmente pagato. Invoca in secondo luogo la discussione del Consiglio di Stato, nella quale fu dichiarato, egli dice, da Portalis, che tal deduzione di ciò che si era pagato potrebbe domandarsi dallo acquirente. Da ultimo bisogna notare, come noi abbiam fatto nell'esempio sopraccitato, che se la porzione disponibile si fosse già in gran parte o in tutto esaurita al punto della alienazione consentita all'erede, costui potrebbe non solo non cavarne alcun profitto, ma altresì risentirne la perdita. Quest' ultima ragione non è un argomento, ma una semplice considerazione inefficace.

L' acquirente non deve dolersi che seco stesso di aver trattato in pari circostanze senza lo intervento degli eredi per garentire la sincerità dell' atto, e Duranton ben conosce che vi sono altri casi nei quali si può esser leso per non aver preso le debite cautele. Non è forse avvenuto spesso p. e. che uno acquirente pagasse due volte un immobile dotale! Passiamo dunque ai due argomenti.

Sul primo non dovremmo fermarci. È verissimo difatti che la legge del nevoso ordinava la deduzione di ciò che si era pagato, ma solo nell' ultima parte dell' articolo 26 relativa all' annullamento *retroattivo* delle alienazioni già fatte dopo il 14 luglio 1789, e non già per le future alienazioni di cui parlava la prima parte, e di cui si occupa il nostro articolo 918 (834). Duranton che nel riferito passo risponde ai suoi avversari « *che la disposizione relativa alla deduzione era in questa prima parte che parla delle donazioni future* » era sopra tal punto in un errore di fatto, e gli sarebbe stato sufficiente la lettura della legge del nevoso per correggersi di quell'errore che egli stesso confessava nel seguente tomo (VIII-329 *in nota)*.

Veniamo all' argomento cavato da ciò che avvenne nel consiglio di Stato. Aperti i pro-

Epperò Bayle-Mouillard , in quel medesimo che aggiunge le sue critiche a quelle di Coin-Delisle, il quale vuol che le locuzioni, a rendita vitalizia ed a fondo perduto, sieno esclusivamente relative alla persona del venditore , confessa tuttavia (poter accadere ohe la soluzione della quistione dipenda dalle specie.

Vero è che il citato arresto di cassazione del 27 aprile 1808 , reso in applicazione della legge del 17 nev. anno II, dà alle parole fondo perduto (di cui pur si serviva l'art. 26 di essa legge) lo stesso significato che loro danno Coin-Delisle e Bayle-Mouillard. Ma nella specie trattavasi d'una vendita fatta ad un successibile con peso di rendita vitalizia a favor della moglie del venditore. Or l'arresto decide , non esser questa la vendita a fondo perduto avente il carattere proibito . attesochè la non è un punto , una vendita a fondo perduto in pro del venditore.

Quest'ultima soluzione ci sembra tanto poco giustificabile sotto la legge di nevoso quanto sarebbe sotto il Codice Napoleone , e punto non esitiamo a preferire la soluzione data dall'arresto del 1833.

cessi verbali si vedrà che Duranton non è in questo più felice del precedente. Bigot e Thibaudeau sostenevano non già il presente articolo, ma quello del progetto il quale stabiliva la presunzione del carattere gratuito *assolutamente*, cioè *non permettendo di sfuggirla mercè lo intervento dei coeredi*. — Portalis e Maleville censurando tal disposizione, parlano *della ingiustizia di non restituire al figlio ciò che realmente avrà pagato*, e domandano la soppressione dell' articolo lasciando ai tribunali la cura di verificare in ciascuna specie, se i contratti sieno di buona o mala fede. — Cambacérés dice che se l' articolo è rigettato, bisogna almeno facilitare la prova della frode tanto ordinaria in tali sorta di contratti. — Berlier sostiene doversi ammettere l' articolo, *purchè dalla sua disposizione si eccettui il caso che i coeredi abbiano consentito al contratto*, e *l'articolo allora si adotta con tale emenda* (Fenet, t. 12, p. 331, 332).

Ciò che avvenne nel consiglio adunque fa più manifesto l' errore di Duranton, errore già certo in faccia al solo testo del Codice. Difatti il nostro articolo presume donazioni, ed annulla come atti onerosi le alienazioni di cui parla. Ora permettere all' acquirente la prova che egli abbia realmente pagato sarebbe lo stesso che abilitarlo a provare contro la presunzione legale del carattere gratuito, ma l'art. 1352 (1306) dispone che nessuna prova sia ammessa contro le presunzioni sul fondamento delle quali la legge annulla gli atti (1).

571. Del resto se l' erede acquirente non può domandare le somme da lui pagate, i suoi coeredi non possono nemmeno, dimandando la riduzione, chiedere da lui il pagamento di ciò che resterebbe a pagarsi secondo l'atto di acquisto. Trattando essi quest'atto come donazione, non possono chiedere che l'acquirente ne paghi il prezzo.

VI. — 572. Abbiam detto che l' erede presuntivo in linea retta di una persona, può senza pericolo acquistare da lei anche mercè una alienazione a fondo perduto, o con riserva d' usufrutto avendo dai suoi coeredi presuntivi il consenso alla alienazione. Così, fatta la vendita ad uno dei due figli, basta per provarne la sincerità che il secondo di loro (o i suoi discendenti se egli fosse premorto) consenta alla alienazione; trattandosi di una alienazione in vantaggio di un padre da tale che per eredi presuntivi abbia il padre e un avo materno, basterebbe il consenso di quest' ultimo.

Tutti gli scrittori intanto non intendono come noi questa parte dell' articolo. Noi abbiamo detto (n. II) che Delvincourt Poujol e Vazeille credono che la parola successibili significhi qui *eredi reali*, e non già *eredi presuntivi*; in altri termini i successibili del giorno dell' apertura della successione e non quelli del giorno della alienazione. Di che seguirebbe che l' alienazione fatta al padre, la quale fosse stata consentita dall' avo materno non sarebbe meno annullata se la premorienza dell'avo, o la rinunzia di lui alla successione facesse tramutare la qualità di erede in un più remoto ascendente nella linea materna.*

Questa interpetrazione ci sembra con-

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola Riserva); Lavesseur (n. 174); Delvincourt, Grenier (n. 603); Toullier (V-133); Poujol (n. 3); Vazeille (n. 9); Coin-Delisle (n. 11); Saintespés (II-408); Cassaz., 26 gen. 1836; Poitiers, 23 marzo 1839; Rouen, 31 luglio 1843 (Dev., 36, 1, 297; 39, 2, 295; 44, 2, 307).

* Troplong, *Donaz., e testamenti*, n. 853.

Si domanda se la legge si contenti del consenso di quelli che eran successibili nel momento dell'atto, ovvero se quelli che, non essendo successibili al momento dell'atto lo sono divenuti all' apertura della successione, potessero opporre la mancanza del loro consenso.

La giurisprudenza ha troncata siffatta quistione in un senso che non tutti gli autori hanno approvato, ma con arresti tanto numerosi da non potersi ricusarne l'autorità. Aggiungiamo che l'interpretazione data dalla giurisprudenza prende un solido punto d' appoggio nella legge del 22 nevoso anno II, di cui è un' imitazione l' art. 918 (834). E stato dunque deciso che la parola successibile adoperata nel nostro articolo s' intende di tutti quelli che, alla morte dell' ascendente, hanno un dritto alla sua successione. Non i soli eredi esistenti prima dell'alienazione ha in mira l'art. 918 (834) ma altresì quelli nati dopo la detta alienazione. L'espressione *successibili* non può intendersi se non di quelli che hanno alla morte del loro autore un dritto reale e positivo alla successione; perocchè in quell' epoca vi son dei successibili, prima di quella non vi è successione.

traria alla mente della legge. In fatti la parola successibili usata due volte dallo articolo, deve esser presa necessariamente l' una e l'altra volta nel medesimo senso, massime quando dopo avere discorso di alcuni successibili, la legge parla più sotto *degli altri;* ora abbiamo già veduto che nella prima parte dello articolo questa parola significa: gli eredi presuntivi del giorno della alienazione. D'altra parte si è veduto nel numero precedente, che il nostro articolo fu adottato dopo vive opposizioni, perchè l' emenda di Berlier modificava il troppo rigore della disposizione primitiva, offrendo al venditore e all' erede un mezzo di assicurare l' esecuzione di un contratto serio mercè l'ottenuto consenso degli eredi, il qual mezzo sarebbe spesso illusorio se l' articolo s' intendesse nel senso da noi rigettato. Imperocchè fatta l'alienazione per modo di esempio ad uno di tre o quattro figli del venditore, non basterebbe aver chiamato all' atto e gli altri figli e i vari ascendenti, cioè tutti i parenti che allora esistevano nella linea retta: malgrado tal precapienza l' alienazione potrebbe esser sempre impugnata in appresso da un altro figlio sopravvenuto più o men tardi dopo essersi fatto l' atto.

La legge adunque ha inteso parlare di quelli che sono successibili nel giorno che si fa l'atto. In effetto perchè accettar l'atto come vendita reale essendo riconosciuta tale dai coeredi dello acquirente? perchè essendo questi interessati al presente e i *soli interessati* ad impedire la frode temuta dalla legge, il loro consenso è la miglior guarentigia della verità dell' atto e della mancanza di frode. Nè si dica come fa Vazeille che un fraudolente accordo degli eredi presuntivi potrebbe spogliare dei loro dritti gli eredi dal giorno della morte. E che! quando il padre di tre figli vende con riserva d' usufrutto ad uno di essi, e si chiamano gli altri due per giudicare della sincerità della vendita, la legge stanzierebbe in principio che vi sia frode per parte di tutti, e che tutti han cospirato contro i dritti eventuali di un quarto figlio che non esiste! E che! quando questi tre figli sono soli chiamati alla successione al presente, quando credono di aversela essi soli, verrebbero a collegarsi prima contro un chimerico competitore, e questa conspirazione contro il nulla sarebbe tanto naturale ed ordinaria da farne la legge una *presunzione generale* che non *potrebbe essere distrutta* da una prova contraria! Ciò non può certo sostenersi, e la legge fa tacere la sua presunzione rimettendo le cose nel dritto comune, quando si son chiamati come testimoni e garanti quelli appunto, che eran interessati ad impedire la frode, salvo sempre in questo stesso caso a provare che la frode (dalla legge non più presunta) abbia egualmente esistito (1).

Tutti, d'altronde, ammettono senza difficoltà che se di quelli che devono consentire, alcuni solamente lo avessero fatto, l'atto varrebbe rispetto a loro come alienazione a titolo oneroso, e come semplice donazione per gli altri, a noi sembra anche certo, come a Coin-Delisle (n. 18) che il consenso all'alienazione potrebbe darsi con atto separato e fatto prima o dopo l' alienazione; la legge vuole che soltanto i successibili *abbiano consentito.*

573. Ma dobbiamo fare altra importante osservazione sopra questa parte del nostro articolo. Abbiamo veduto coll'art. 791 (708) e vedremo anche con l' art. 1130 (1081) essere in principio vietato di fare alcuna stipulazione relativa ad una successione innanzi la sua apertura, consentendola pure quello per la morte di cui deve la successione aprirsi. Or il consenso dato dai coeredi nel caso del nostro articolo forma una convenzione relativa alla futura successione del venditore; e di conseguenza, è dessa una eccezione alla regola dell' articolo 1130 (1084). Or siccome una eccezione non può estendersi, nè ha valore che pel caso preveduto, ne deriva che

(1) Merlin, Grenier, Toullier (ai luoghi citati nel nostro num. II); Coin-Delisle (n. 20); Saintespés (II-407).

in qualunque altra specie sarebbe nullo il consenso che possano validamente dare i coeredi dell'acquirente nella specie del nostro articolo.

Così se l' alienazione fatta ad uno degli eredi in linea retta non fosse a fondo perduto, o con riserva di usufrutto, ma invece una vendita o permuta ordinarie alle quali non si applicasse la presunzione legale di frode; ovvero la vendita a fondo perduto o con riserva di usufrutto fosse fatta ad un erede collaterale o ad un estraneo; allora il consenso dato dai vari eredi presuntivi formerebbe una convenzione non più protetta dalla eccezione del nostro articolo, e che sarebbe nulla secondo la regola dell' art. 1130 (1084). Di che segue che morto il venditore, gli eredi potrebbero, malgrado il consenso da essi dato e la loro formale ratifica, impugnare quella vendita, provar che celasse una liberalità, e farla ridurre, se eccedesse la porzione disponibile (1).

VII. — 574. Le ultime parole dell' articolo, che sembrano di facile intelligenza, non sono state di un sol modo interpretati da tutti gli scrittori.

Toullier (V-134) e Poujol (n. 5) le intendono delle alienazioni fatte in vantaggio di eredi collaterali. Errore evidente, perchè l' articolo non parla, che dell'imputazione e riduzione delle alienazioni fatte *ad un successibile in linea retta*, le quali imputazione e riduzione non potranno essere domandate DAI *successibili in linea collaterale*. — Ma se questa non è la idea espressa dall'articolo, essa non è in se nemmen vera; la rigorosa presunzione del nostro articolo stanziata per le alienazioni fatte ad un successibile in linea retta, non potrebbe più invocarsi, nè contro un successibile in linea collaterale nè contro uno estraneo. Ciò era stato già da noi detto al n. II.

Secondo Duranton (VII-331, 4°) queste ultime parole significherebbero che gli eredi collaterali non possono mai invocare il nostro articolo contro la vendita fatta ad un ascendente o *ad un collaterale* per domandare *la collazione propriamente detta*. Questa altra interpretazione che il professore dice essere *necessariamente* quella della legge, contiene lo stesso errore della prima (perchè vuol pure cercare le alienazioni fatte a collaterali, di cui affatto non tratta l' articolo) ma ne contiene un altro, ben tre volte confutato da tutto insieme l'articolo. Si tratta, dice Duranton, della collazione ordinaria e non più della riduzione. Se non che 1° la parola COLLAZIONE usata una sol volta nella frase ha necessariamente un senso unico, e poichè significa riduzione pei parenti in linea retta, come riconosce Duranton, significa dunque parimente *riduzione* pei collaterali 2° la collazione di cui parla questa frase è appunto la stessa di cui parla la precedente, e a cui riferiscesi la seconda parte dell' articolo dicendo *questa collazione;* or la collazione della precedente frase è quella dell' eccedente della porzione disponibile, cioè una riduzione; 3° infine secondo la nostra stessa frase gli eredi collaterali; non potranno solamente domandare la collazione; dice l' articolo che QUESTA IMPUTAZIONE E questa collazione non POTRANNO *essere domandate dai successibili in linea collaterale*. Ma mentre che si domanda mercè la *imputazione* (sulla porzione disponibile) ella è dunque una riduzione.

Del resto questa nuova idea, inesattissima come interpretazione della fine del nostro articolo, è egualmente vera in se; essendo certo che i collaterali non possono domandare la collazione, perchè nol possono gli stessi eredi in linea retta, che quando è tocca la loro riserva.

574 *bis*. Il vero senso delle ultime parole dell' articolo è chiarissimo: nè s' ha a cercarlo da così lontano. I collaterali non avendo mai dritto a riserva, non potranno domandare nè la imputazione nè la riduzione *in alcun caso*: cioè senza riguardarsi (come per gli eredi in linea retta) se abbiano o pur nò consentito alla alienazione. Era

(1) Rig. della decis. di Rouen, 12 nov. 1827.

inutile in vero annunziare questa idea, conseguenza del principio che i collaterali non hanno riserva; ma essere evidente tal significato non importava che si dovesse rigettare, e ricercarne delle altre impossibili (1).

919 (835). — La porzione disponibile potrà esser data in tutto o in parte, così per atto tra vivi, come per testamento, ai figli o ad altri successori del donante, senza che il donatario o legatario, venendo a succedere, sia obbligato a farne la collazione; purchè però la disposizione sia stata fatta espressamente a titolo di anteparte o di prelegato.

La dichiarazione che ha la donazione o il legato a titolo di anteparte o di prelegato, potrà farsi tanto coll' atto stesso, che contiene la disposizione, quanto con un atto posteriore nella forma delle disposizioni fra vivi o testamentarie.

SOMMARIO

I. Il paragrafo 1° riproduce una regola degli articoli 843 844 (762 763). — Come può farsi la dichiarazione di precapienza.

II. Diverso effetto delle donazioni fatte ad un erede secondo che sono per precapienza o per anticipazione di eredità, e secondo che l' erede rinunzii od accetti.

III. Sviluppo: l' erede donatario per anticipazione di successione può rinunziando, ritenere la sua donazione sulla disponibile, ma non sulla riserva. Censura di Coin-Delisle, e della giurisprudenza.

IV. Seguito: L' erede non ha dritto che al disponibile che resta dopo soddisfatte le liberalità posteriori anche alla sua fatta con precapienza o ad estranei.

I. — 575. Il primo paragrafo di questo articolo non c' insegna alcuna cosa di nuovo: gli articoli 843 844 (762 763) ci hanno già detto che l' erede che viene alla successione può tuttocchè vi prenda la sua parte ereditaria, conservare inoltre la liberalità statagli fatta, purchè non ecceda la porzione disponibile e sia dispensata dalla collazione. Così mercè una dispensa di collazione l' erede che viene alla successione può cumulare tutta la porzione disponibile e la sua parte nella riserva.

Il secondo paragrafo permette che con un atto posteriore si dispensi la collazione di una liberalità fatta prima senza precapienza; se non che tale atto deve farsi nelle forme ordinarie delle liberalità. Di certo non è necessario che l' atto che faccia tal dichiarazione sia dell' indole stessa di quello della primitiva liberalità; onde la dispensa di conferire una donazione può scriversi in un testamento e viceversa (2).

II. — 576. Secondo i principî dianzi svolti si comprendono di leggieri gli effetti delle liberalità fatte ad un erede con precapienza o senza, rinunzii l' erede oppur accetti.

Se il donatario (o legatario) per precapienza viene alla successione e la sua donazione non ecceda la porzione disponibile, essendo il caso del nostro articolo, e questo erede prenderà come si è veduto la sua porzione di riserva o la intera donazione. Se tal donazione eccedesse la porzione disponibile, egli ne soffrirebbe la riduzione.

Se il donatario per precapienza rinunzia alla eredità avrà sempre la sua donazione o per intero, se non ecceda la porzione disponibile, o solo in parte nel caso contrario, ma non avrà alcun dritto alla riserva. Per ciò che riguarda alle varie ipo-

(1) Coin-Delisle (n. 21); Demante (Prog., II-281 al. 7); Saintespés (II-400).

(2) Ma bisogna che la dispensa sia scritta in un testamento, o in una donazione, e la camera dei reclami ha certamente commesso una violazione della legge rigettando il ricorso che noi sostenemmo contro una decisione che dichiara efficace una pretesa dispensa non iscritta in un atto di disposizione. Gli è vero che nella compilazione la decisione dissimula tale violazione schivando di pronunziare le parole di *dispensa di collazione o precapienza* lasciando credere di non trattarsi di quistione di dispensa; ma la statuizione non permette di uscir d' argomento e il raccoglitore delle decisioni non si è ingannato, 46, 1, 541.

tesi della donazione fatta agli eredi senza *precapienza*, basterebbe riferirci alle idee annunziate sotto l'art. 845 (764), num. II). Se questo erede viene alla successione, deve conferire il donato, art. 843 (762). Ma rinunziandovi si ha a fare una distinzione. Se il donato si compone di beni disponibili il rinunziante lo conserva, come se la donazione fosse con precapienza; ma componendosi di beni riservati, non può ritenerlo, perchè egli per la sua rinunzia perde qualunque dritto alla riserva.

Per quanto semplice possa parere tal dottrina, essa ha pure i suoi contraddittori; bisogna qui fermarci e sulla proposizione da noi detta, ed anche sul modo di conoscere quando la liberalità si compone di beni disponibili.

III. — 577. E primamente, non si ammette da tutti che l'erede il quale rinunzia, donatario senza precapienza, perda qualunque dritto alla riserva, nè possa conservare il donato che in quanto si compone di beni disponibili. Questa è la decisione della maggior parte degli scrittori, ma Coin-Delisle opina, che il donatario può conservare la liberalità, quand' anche si componga di beni riserbati, purchè il valore di essi non ecceda quello della porzione disponibile. Or questo avviso di Coin-Delisle non solo è un errore, ma contiene altresì una aperta contraddizione. È un errore come noi abbiam provato sotto l' art. 913 (829), n. IV stabilendo che il rinunziante non può mai avere alcun che della riserva, non solo per ritenzione, ma anche per mezzo della azione. È inoltre una contraddizione per parte di Coin-Delisle, poichè egli riconosce (art. 913 (829), n° 8) essere la riserva una parte della successione; ed essendone una parte, non potere appartenere a colui che vi rinunzia.

L' argomento di Coin-Delisle non è nè anco specioso. « L' art. 845 (764), egli dice, permette a colui che rinunzia, di *ritenere* i beni donati, *non se sono nella porzione disponibile, ma sino alla concorrenza della disponibile*, talmente che in questo articolo la porzione disponibile non è *ciò che* può conservare il rinunziante, ma solo la misura dei beni che egli può conservare, siano essi disponibili o pur nò ». Questa strana interpretazione non può nè anche sostenersi in faccia dell' art. 844 (763) o in faccia ai risultamenti ai quali essa condurrebbe. — L' art. 844 (763) il quale permette che l' erede donatario *per precapienza e veniente alla divisione* conservi la sua liberalità, non può parlare che di quella *composta di beni disponibili* (poichè quanto ai beni riserbati il successibile li prenderà come veniente alla divisione, come erede, e non mai come donatario); or questo articolo usa appunto le stesse espressioni dell' art. 845 (764) e quindi quest' ultimo anche dei beni indisponibili intende parlare. Dicerto quando la legge ripete in due consecutivi articoli (844 845 (763, 764), che « la donazione per precapienza può essere ritenuta anche dall' erede che accetta *fino alla concorrenza della porzione disponibile*, e che quella fatta senza precapienza può esserlo anche fino alla *concorrenza della porzione disponibile*, ma solo dallo erede che rinunzia » non può esser dubbio che le parole *fino alla concorrenza*, ecc. non abbiano nelle due disposizioni il medesimo senso. Tale interpretazione si confuterebbe d'altra parte abbastanza dai suoi risultamenti, perchè intendendo così l' articolo 845 (764) non si farebbe meno che togliere agli eredi che accettano una parte della loro riserva. Supponiamo che un padre con cinque figli e un patrimonio di 100,000 franchi (il che gli dà una porzione disponibile di un quarto ossia di 25,000 franchi) abbia dato prima ad un estraneo 25,000 franchi, e dia poi altrettanta somma ad uno dei suoi figli per semplice anticipazione di eredità, che cosa avverrebbe? Il figlio donatario rinunzierebbe alla successione, e giovandosi dell' articolo 845 (764) inteso nel senso che noi confutiamo direbbe: « Questo articolo mi permette di ritenere sulla riserva un valore eguale alla porzione disponibile; tal valore è di 25,000 franchi, dunque la mia donazione di 25,000 franchi non lo eccede, ed io posso ritenerlo per intero ». Così non avanzerebbero che 50,000 franchi a dividersi fra i

quattro figli che accettano 12,000 per cadauno, in modo che non avrebbero la loro riserva! Gli è vero che Coin-Delisle ha pensato dire (n. 13, § 4) che il rinunziante non può mai in forza dell'art. 845 (764) ritenere più della *sua parte* nella riserva, il che darebbe 15,000 franchi nella nostra ipotesi, in vece di 25,000. Ma il nostro dotto collega indietreggiando dinanzi la sua propria interpretazione ne mostra l'inesattezza; e divien manifesto per questa forzata confessione che le parole *fino alla concorrenza della porzione disponibile* non significano, come ei pretende, *fino ad un valore* EGUALE A QUELLO DELLA PORZIONE DISPONIBILE.

D' altra parte Coin-Delisle non ha saputo rispondere al decisivo argomento: che la riserva non altro è che la successione *ab intestato* legalmente riserbata ad alcuni eredi, e che il rinunziante perdendo qualunque dritto alla successione (art. 885 (805)) non può mai aver dritto a riserva.

578. Moltissime decisioni, è vero, avevano da gran tempo tentato rispondervi, e hanno tirato l'articolo del Codice, quale in uno quale in altro senso, per isfuggire la combinazione semplicissima degli art. 913 e 785 (829 e 702); se non che i loro sforzi vani e le idee assurde nelle quali incorrono sono la più bella prova della verità da noi sostenuta. — 1° Dicono gli uni non essere rinunzia se non se di nome quella di un erede donatario senza precapienza; lasciare essa al preteso rinunziante il suo titolo di erede in forza del quale egli conserva la sua riserva; ed impedire che egli partecipi ai beni rimasti nel patrimonio del defunto! Così, *non vi ha rinunzia*: ma il successibile sarà dispensato dalla collazione e privato di ogni dritto alla divisione *per effetto della rinunzia!* È un pò forte che si deducano gli effetti della rinunzia quando pretendesi che non ve ne sia. — 2° Altri esponendo le medesime idee le giustificava con dire che l'articolo 845 (764) come gli articoli 843 e 844 (762 e 763) non parlano nè si occupano che del caso *in cui tutti gli eredi accettano* nè riferiscesi affatto a quello della rinunzia! Non si ha a rispondere a simigliante asserzione quando questo articolo 845 (764) pone appunto *l'erede che rinunzia* in opposizione con quello che viene alla successione. — 3° Da questi si insegna che la rinunzia dell' articolo 845 (764) tuttochè resti tale, non è quella dell'art. 785 (702), nè rende il successibile estraneo alla successione! come se ve ne fossero di due specie; come se al contrario l'art. 845 (764) non fosse nato per l'applicazione dell'art. 785 (702); come se l'erede che rinunzia divenendo estraneo alla successione, non fosse altro che un donatario ordinario, un estraneo, non tenuto a collazione. — 4° Quelli riconoscendo che il rinunziante perde il titolo di erede e qualunque dritto alla successione, dicono che egli ha dritto alla riserva colla qualità di figlio o di ascendente; come se la riserva, lo ripetiamo, non fosse appunto la successione, e quindi non potesse appartenere che ad un erede. — 5° Un ultimo dice infine che la porzione disponibile dei legittimari è maggiore di quella degli estranei o dei collaterali, come se vi fossero due porzioni disponibili; come se il legittimario che rinunzia, non diventasse un estraneo; come se questa idea un tempo vera, che la riserva si attribuisse distributivamente, non fosse oggidì impossibile che si attribuisce collettivamente (1).

La mente, in mezzo a tanto frastuono d' idee strane una più che l' altra, è lieta di fermarsi sopra questi motivi di una decisione di Nimes: « Atteso che, secondo l' art. 785 (702), l'erede che rinunzia è riputato non essere mai stato erede; che secondo l' art. 786 (703) la parte di chi rinunzia accrescesi ai coeredi di lui: che secondo l' art. 845 (764) l' erede che ri-

(1) Grenoble, 30 giugno 1826; Bastia, 24 luglio 1827; Montpellier, 7 o 17 gennaro 1828; Limoges 4 dic. 1835 (J. P. alle date indicate; Sir., 27, 1, 94; 28, 2, 51; 28, 2, 117; 36, 2, 93). — 2° Agen, 6 giugno 1827 (J. P., Sir. 29, 2, 311). — 3° Grenoble, 22 gennaro 1827; Grenoble, 12 feb. 1827 (J. P.; Sir. 27, 2, 95 e 97). — 4° Torino, 1. aprile 1812; Ai 13 feb. 1835; Caen 25 luglio 1837 (J. P.; Sir., 13, 2, 92; Dev., 37 2, 436). — Tolosa, 16 luglio 1829 (J. P.).

nunzia può conservare la liberalità fattagli fino alla concorrenza della porzione disponibile; che da tali testi insieme riuniti deriva *con evidenza*, e di un modo assoluto e generale, che l' erede il quale rinunzia è escluso affatto da ogni partecipazione alla riserva; e che essendo donatario la donazione gli resta fino alla concorrenza della porzione disponibile, e deve prendersi assolutamente sopra tal porzione; che *tanto chiare* ed *esplicite* disposizioni debbonò chiuder la via a *tutte le sottili interpretazioni* (avrebbe potuto soggiungere *ridicole*) mercè le quali la *volontà dei tribunali* prenderebbe il *luogo di quella del legislatore*... »

Cosa incredibile: questa decisione, impugnata avanti la Corte suprema (1) perchè *violava* gli art. **919**, **845**, **785** e **786** (**835**, **764**, **702** e **703**) è stata *cassata!!!* Ma non bisogna far di ciò maraviglia. Lo errore ha pure la sua logica; sanzionata la decisione di Montpellier del 1828, era conseguente annullare quella di Nimes (2). Pure tali risultamenti doveano fare aprir gli occhi. — Una decisione vi dice, che quando un erede *rinunzia*, e diventa estraneo alla successione secondo l' articolo **785** (**702**); ei perde perciò qualunque dritto alla successione e anche alla riserva, accrescendosi tal dritto ai suoi coeredi secondo l' articolo **786** (**703**). E si è tratto a annullare tal decisione per contenere *una falsa dottrina!* — L' altro dice che l' erede *rinunzia*, ma *non rinunziando*; quindi gli articoli **785** e **786** (**702** e **703**) non sono *più applicabili*; che la sua rinunzia puramente apparente e che punto non esiste; produce pure i suoi effetti di rinunzia; che la legge dispensando dalla collazione l' erede che *rinunzia*, l' atto di cui si parla e che *non è una rinunzia* produrrà di *conseguenza* tal dispensa; che dalla *rinunzia* derivando lo accrescimento ai coeredi secondo l'art. **786** (**703**), l' atto che *non è rinunzia* partorirà quindi tale accrescimento pei beni rimasti nelle mani del defunto; che in tal modo si *applicherà* l'art. **786** (**703**) dichiarato *inapplicabile*... Tutte le quali idee assurde son mantenute come se offrissero *i veri principii!!!*

Noi non abbiamo tanta autorità che basti per poter dire tutto ciò che pensiamo di queste due decisioni della Corte suprema; ma non bastano esse a provare che si è entrato in una falsa via? E qual' è difatti la mente non preoccupata che non possa scorger chiaramente il pensiero della legge dalla semplice lettura dei testi, malgrado tutto quello si è fatto per oscurarli?

Vi ha due maniere di acquistare a titolo gratuito: 1° la successione; 2° la donazione. Onde raccogliere per successione è mestieri avere il titolo di erede; dunque non potrà raccogliere in tal modo colui che diviene estraneo alla eredità mercè una rinunzia. Egli non potrà ricevere dal defunto che per donazione; ma per *donazione* si può ricevere ciò che il defunto ha potuto *donare* cioè la porzione disponibile. Quanto a colui chè è, e rimane erede e nel medesimo tempo donatario, è necessario distinguere: essendo donatario senza precapienza cioè per semplice anticipazione di eredità, ei non potrà raccogliere che per successione; essendo donatario per precapienza, raccoglie per successione e ad un' ora per donazione. Ciò chiedeva la ragione e ciò ha detto il Codice. Leggiamolo: l'erede che rinunzia diviene estraneo alla successione, articolo **785** (**705**); — l' erede che rinunzia essendo donatario (non importa se con precapienza o senza) non potrà dunque avere che beni disponibili (articolo **845** (**667**)); — se donatario senza precapienza sia un erede che accetta, la sua donazione si confonde col suo dritto ereditario e la conferisce per partecipare alla successione (articolo **843** (**762**)); — se in fine lo erede che accetta è donatario per precapienza, cioè oltre il suo dritto di successione, egli parteciperà ad un tempo ai beni disponibili come donatario, e alla riserva come erede (art. **844** e **919** (**763** e **835**)). Queste idee non potrebbero essere più chiare. Di più noi vedremo che se la Corte

(1 - 2) Rig., 11 ott. 1829; Cassaz., 24 marzo 1834 (*J. P.*, Dev., 34, 1, 145).

di cassazione, avviatasi colle sue decisioni del 1829 e 1834, è giunta francamente con quella del 17 maggio 1843 alla profonda eresia da noi notata tanto qui che sotto l'articolo 913 (829), n. II, ella non vi è stata tratta dalla discussione de' principî, ma da una considerazione di fatto a cui era giusto e legale di soddisfare ma ben diversamente.

IV. — 579. Dicendo sotto l' art. 845 (764), n. II che la donazione per anticipata successione fatta a colui che rinunzia non può prendersi che sul disponibile, abbiamo aggiunto che può esserlo dopo eseguite tutte le liberalità fatte con precapienza o ad altri eredi ; o ad estranei. La giustificazione di questa regola ci proverà sempre più come sia inconcepibile lo strano sistema della Corte di cassazione intorno alle riserve.

Gli anticipati assegnamenti sono in generale le prime donazioni fatte da un padre; quanto alle ordinarie donazioni, egli le fa in appresso con atti posteriori e il più delle volte anche con testamento. Se dunque l'anticipato assegnamento tramutato ad un tratto in ordinaria donazione, dopo la morte del padre e per la rinunzia del figlio s' imputasse sul disponibile con la sua data di donazione per anticipata successione, potrebbe spesso assorbire una gran parte e anche la totalità del disponibile, ed impedire così che il defunto, indegnamente deluso nelle sue giuste volontà, procuri alcun vantaggio a quel vecchio servitore, a quello infelice benefattore, a quel figlio devoto ch'egli voleva e credeva ricompensare morendo: sarebbero inefficaci le liberalità che egli ha creduto assicurar loro! Onde sfuggire tal risultamento e salvare i dritti del padre di cui essa era vivamente preoccupata nelle decisioni del 1829 e 1834, la Corte suprema ha detto che la donazione per anticipata successione deve imputarsi sulla parte di riserva del rinunziante e sul disponibile per l' eccedente. Or tal sistema mentre che viola, come abbiam veduto, tutti i principî del dritto, non consegue per nissun modo in fatto il fine propostosi, e la regola da noi qui giustificata era un mezzo insieme giuridico ed efficace di far osservare i dritti di disposizione del padre.

580. Il sistema delle decisioni, noi diciamo, non è più efficace che legale. Ciò è evidente, potendo bene avvenire contro le previsioni del padre, che l'assegnamento anticipato fatto da lui trenta o quaranta anni forse innanzi di morire, assorbisse e la parte di riserva di colui che rinunzia, e anche la disponibile, di modo che qualunque ulteriore disposizione del padre resterebbe inefficace, malgrado la sua più formale volontà.

La nostra regola per contra, mentre che lascia libera al padre la totalità del disponibile nonostante l' anticipato assegnamento, è perfettamente conforme ai principî. Gli è infatti manifesto che le anticipate assegnazioni, *les avancements d'hoirie*, come dal nome stesso viene indicato, non altro sono che anticipate rimesse de' beni che un giorno dovranno prendere i figli nella successione conducendosi da eredi; quindi la rinunzia del donatario per anticipata successione dovrebbe, in principio, spogliarlo di ogni dritto a tali beni. E se l'art. 845 (764) gli permette per grazia di conservarli ancora tramutando il suo titolo di erede in quello di donatario, è manifesto che la donazione, che come anticipato assegnamento aveva la data del giorno che si è fatta, come ordinaria donazione ha la data del giorno che tale diventa, cioè quella della rinunzia. — Or le liberalità secondo l' art. 923 (840) debbono ridursi per ordine di date incominciando dalle ultime. Questo articolo in vero parla di donazioni ordinarie e di legati, non occupandosi delle donazioni anormali di cui qui trattiamo ; ma il suo pensiero non è dubbio ; e il principio della riduzione per ordine di date non è contrastabile nè contrastato. La riduzione adunque deve cominciare dalle anticipate assegnazioni.

Si opporrà forse che questo sistema, se concede al padre la piena garenzia dei suoi dritti, nuocerebbe troppo al figlio e-

sponendolo alle volte a non avere alcuna cosa? La obbiezione non varrebbe nè in dritto, nè in fatto.

In dritto, il figlio che diventa in tal modo semplice donatario, deve essere trattato come qualunque altro donatario prendendo del disponibile se ve n'è, e non prendendone se no. E deve egli esser lieto di tal regola, anzichè dolersene, avvegnachè il suo titolo di donatario sia in lui un favore e non già un dritto come per gli altri; la sua rinunzia logicamente dovrebbe togliere a lui tutto, non essendogli dati i beni che a patto di condursi da erede. Infine il semplice evento di avere qualche cosa è forse pure in opposizione alla volontà del defunto che non volea collocare il figlio, anche in ultimo luogo, fra i suoi ordinarî donatarî. D'altra parte e in fatto il figlio non sarà mai ridotto a suo mal in cuore a non aver niente perchè egli è pienamente libero di accettare la successione come suo padre ha voluto, e di avere altrettanto che i suoi fratelli e sorelle (V. del resto il num. II dell'art. 923 (840)).*

— (836).**

* Troplong, *Donaz. e test.*, n. 788.

Quest'ultimo sistema (che è quello adottato dal nostro scrittore), che abbiamo riepilogato con una fedele imparzialità, ha avuto per lunga pezza dal lato suo l'imponente autorità della Corte di cassazione; e quest'autorità ha tratto sotto la sua bandiera più d'un grave giureconsulto, eziandio a prezzo di docili ritrattazioni. Dal 1818 in poi, data del famoso arresto conosciuto sotto il nome di arresto Larroque de Mons, era invalso il costume di risguardar la Corte suprema come avversaria saldissima della cumulazione. Confesso che anch'io di buon'ora formai la mia opinione sull'arresto anzidetto, assai ben motivato del resto e fatto per produrre una viva impressione.

Ma, dopo lunghi anni passati in questa fidanza, si è operato un repentino mutamento, e la Corte di cassazione si è pronunziata in favor della cumulazione; mutamento ch'io annovero fra quelli i quali segnano un notevole progresso nella giurisprudenza.

Non già nel 1843, come sovente fu detto, ma nel 1834 seguì questa rilevante innovazione, coll'arresto Castille, non meno importante, non meno memorabile dell'arresto Larroque de Mons.

Ed appresso, n. 789. — Riassumiamo ora le idee a cui par che si fermi la giurisprudenza.

Il figlio non abdica con la rinunzia il suo dritto alla legittima, di cui è investito mercè una donazione.

Questa legittima è dovuta alla sua qualità di figlio riunita a quella di donatario, e non gli fa mestieri della qualità d'erede; onde nulla impedisce che, per ritenere la donazione, egli cumuli una parte di figlio e la porzione disponibile: gli altri figli debbon trovarsi soddisfatti allorchè ritirano intatta la loro riserva.

Conseguentemente, o che la donazione sia non altro che una donazione fatta in anticipazione d'eredità, o che sia concepita in guisa di comprendere insieme un anticipo d'eredità, e la quota disponibile, dee sempre esser mantenuta entro il limite legale, in pro dell'erede rinunziante alla successione; e per giungere a questo risultamento, non vuolsi esitare ad aggiunger la riserva alla disponibile o la disponibile alla riserva. La donazione in anticipo di eredità non esclude il dritto del rinunziante d'imputare il dono prima sulla riserva, indi sulla disponibile. Imperocchè essa *forma* per lui titolo irrevocabile; è d'uopo che abbia effetto, purchè non sia inficiata dal vizio d'inofficiosità. Se è necessario che, per assicurare questa irrevocabilità, sia messa a contribuzione la disponibile, convien prendere su di essa parte del patrimonio ciò che occorre: tal è la conseguenza dell'*irrevocabilità* della donazione.

Ancorchè il padre di famiglia dopo dato a Primo un anticipo di eredità desse a Secondo la disponibile; Primo, rinunziando alla successione per serbare il dono, avrebbe il dritto di ritenerlo innanzi tratto sulla riserva, sussidiariamente sulla disponibile. La donazione posteriore della disponibile fatta a Secondo, non può pregiudicare una donazione anteriore irrevocabile.

** Nelle leggi civili fu aggiunto l'art. 836 così concepito:

« Non è permesso ai genitori o ad altro ascendente transigere col figlio, o con la figlia, circa la legittima che ad essi potrà spettare dopo la loro morte, donando con questa legge, pagando o promettendo anticipatamente qualche fondo, somma, o altro. Tali transazioni non saranno valevoli, nè impediranno al figlio o alla figlia il diritto di pretendere la quota spettantegli dopo la morte del padre, o della madre, imputando in quella i beni e le quantità ricevute ».

Non sono veramente nuove le disposizioni suddette. Poggiate sulla sana morale furon sancite e dal roman dritto e dalla legislazione francese: ma convenne tra noi riunirle in un articolo e proclamarle imperativamente; 1. perchè dopo di essersi ordinato che i genitori fossero obbligati a dotare le figlie (art. 194), non si fosse messa più in campo la quistione sulle rinunzie che loro facevansi fare alla paterna eredità, quistione che tanto fu agitata nel 1815; 2° perchè non si fosse posto in pratica il mezzo escogitato di obbligare le figlie a conferir nella massa non la sola dote, ma benanche gl' interessi ed i frutti della medesima, qualora si fossero presentate a concorrere alla suc-

SEZIONE II.

DELLA RIDUZIONE DELLE DONAZIONI E DE' LEGATI.

920 (837). — Le disposizioni tanto fra vivi, che per causa di morte, le quali eccederanno la porzione disponibile, potranno esser ridotte alla detta quota al tempo in cui si apre la successione.*

581. Le liberalità colle quali alcuno dà, oltre il suo disponibile, toccando la porzione del patrimonio che deve formare la successione riservata, non sono nulle, ma *annullabili*. — Annullabili, non per l'intero, *ma* solo per la parte che ecceda il disponibile: e lo sono al punto della morte del disponente; perchè in fatto, mentre quegli vive, niente è dovuto ai suoi eredi, potendo solo alla morte naturale o civile di lui conoscersi se vi sieno e quali gli eredi riservatari, che possano dolersi di non trovare nella successione di lui tutto quello che han dritto di prendervi: *nulla est viventis haereditas*.

Notiamo che la legge non distingue, e che tutte le disposizioni gratuite sono da ridursi alla porzione disponibile indicata dagli art. 913, 915 (829, 831); così quelle fatte per anticipati assegnamenti ad uno degli eredi si hanno a ridurre come tutte le altre, siccome di sopra abbiamo già provato.

921 (838). — La riduzione delle disposizioni fra vivi non potrà esser domandata se non da quelli, a vantaggio de' quali la legge ha stabilito la riserva, da' loro eredi o da quelli che da essi hanno causa: i donatari, i legatari, i creditori del defunto non potranno domandare tal riduzione, nè profittarne.**

cessione paterna, spiegandosi in questo articolo che dovessero conferirsi i beni e le quantità ricevute, tra' quali beni non possono annoverarsi i frutti dei fondi dotali, o gl'interessi delle somme ricevute in dote; 3° per ispiegare che questa collazione in tal caso debba esser fittizia e non reale, poichè evidentemente in questo articolo dichiara la legge che questa far si debba imputando nella quota che spetta ai figli i beni e le quantità ricevute ». Liberatore — *Osservazioni alle leggi civili.*

* Per la riduzione delle donazioni prima delle nuove leggi debbono attendersi le preesistenti. Corte Suprema di Napoli 21 febbraro 1832.

** Lo erede legittimario assuma o pur no la qualità di erede beneficiato, può sempre chiedere la riduzione; avvegnachè l'articolo 722, secondo il quale egli non solo perde il dritto a dedurre la sua quota di riserva, ma è anche tenuto nei beni propri, non sia dettato se non se nei rapporti del legittimario coi creditori ereditari, e non già nell'interesse dei coeredi fra loro.

Ci piace qui riferire le considerazioni di una decisione della Corte suprema di Napoli degli 8 luglio 1832 che ferma questo punto del nostro dritto.

« *Un coerede, cui è dovuta la legittima, può essere ammesso anche in mancanza dell'inventario, a domandare contro l'altro coerede, la riduzione della donazione che eccedesse la disponibile paterna?*

» *In altri termini: la disposizione dell'articolo 722 delle leggi civili riguarda il solo interesse dei creditori ereditarii, od anche quello dei coeredi donatarii al di là del disponibile?*

» La Corte suprema ha considerato, che tutte le disposizioni, tanto fra vivi, che per causa di morte, le quali eccedano la porzione disponibile, sono riducibili alla detta quota, al tempo in cui si apre la successione: e che l'azione per la riduzione, precisamente della disposizione tra vivi, è indistintamente accordata a tutti quelli, a vantaggio dei quali la legge ha stabilita la riserva, ai loro eredi, od aventi causa, art. 838, leg. civ.

» La legge, nel fissare, nei susseguenti articoli, il modo onde abbiasi a determinare tale riduzione, non richiede che abbia a farsi, come pretendesi, sull'inventario da compilarsi nei termini legali a cura del riservatario; ma invece stabilisce formarsi una massa di tutti i beni esistenti alla morte del donante o del testatore, e riunirvisi fittiziamente quelli dei quali è stato disposto per donazione tra vivi secondo il loro stato all'epoca della donazione, ed il loro valore all'epoca della morte del donante, ed indi calcolarsi su tutti tali beni, dedotti i debiti, sino a qual porzione egli potea disporre, art. 839, leg. civ.

» Che quindi si aggiungerebbe nella legge una limitazione che dessa ha mai intesa, qualora la facoltà di domandare la riduzione delle donazioni tra vivi, conceduta dal citato art. 830, indistintamente a tutti gli eredi riservatari, si volesse restringere a quelli soli che avessero curato di fare

SOMMARIO

I. La riduzione delle disposizioni alla porzione disponibile non può essere domandata che dagli eredi legittimari, o per le donazioni fra vivi, o pei legati.

II. Ma questa azione degli eredi può esercitarsi dai loro rappresentanti o aventi causa.

III. Essa non può esserlo mai dagli aventi-causa del defunto i quali non potrebbero nemmeno profittare della riduzione compita e neppure dai creditori, eccettone se fossero diventati aventi-causa dello stesso erede.

IV. Importante osservazione.

V. Il dritto di riduzione appartiene ai figli naturali o adottivi, non che ai discendenti legittimi. Rimando.

VI. Perchè l' articolo non tratta dei legati.

I. — 582. Questo articolo è stato già in parte spiegato colla discussione fatta da noi sotto gli art. 913-914 (829-830), n. III per istabilire che essendo la riserva la stessa successione gli eredi che rinunziano non possono avervi alcun dritto.

Non vi sono secondo l'articolo che quelli in vantaggio dei quali è stabilita la riserva cioè i discendenti o ascendenti del defunto (o loro aventi-causa) che possono far ridurre *la disposizione fra vivi*. Ma sarebbe dunque altrimenti per le disposizioni di ultima volontà, *pei legati*, di cui non parla l' articolo? Potrebbero i legati essere impugnati per essere ridotti alla porzione disponibile, come *eccedenti la riserva*, da

l'inventario.

» Ha di vantaggio considerato, che l' art. 722, che in contrario è invocato, non riguarda e non può essere applicabile a favore dei coeredi donatarî contro i quali venisse istituita l' azione di riduzione. Ed in vero esso è sito sotto un titolo e sezione diversa, ove si tratta del beneficio dell'inventario e suoi effetti. Or tali effetti sono quelli soli che vengono ivi determinati, *in rapporto unicamente ai creditori e legatarî*, di non essere cioè, lo erede tenuto al pagamento de' debiti ereditarî, se non sino alla concorrente somma del valore dei beni ad essi pervenuti: di liberarsene coll'abbandono di tutta l'eredità ai creditori, ed ai legatarî; di non confondere i beni proprî con quelli dell'eredità e di conservare quindi contro della medesima il dritto di chiedere il pagamento dei proprî crediti, art. 719, leg. civ.

» Ma all' incontro, la facoltà del legittimario a dedurre la quota di riserva, contro il coerede donatario, non è effetto del beneficio d' inventario, ma bensì di quel dritto che deriva dalla legittimità, che dalla legge è riservato sempre integro ai discendenti, ed in mancanza agli ascendenti, e che non è permesso diminuire in menoma parte o sottoporre a vincolo, o peso alcuno, art. 829 e 763, leg. civ.

» Ciò tanto è vero, che la legge dichiara non essere impedito ai figli il dritto di pretendere la loro legittima sulle successioni dei genitori, non ostante le transazioni che in qualunque modo ne avessero stipulato coi genitori medesimi, dichiarandosi dalla legge inattendibili, art. 836, leg. civ.

» Ed è perciò che nel citato articolo 838 nell'indicare chi possa essere ammesso a proporre l'azione di riduzione delle donazioni, lungi di richiedere la qualità di erede col beneficio della legge e dell'inventario, richiede la sola e semplice qualità di erede riservatario — Quindi è chiaro che lo enunciato art. 722 delle nostre leggi civili non possa invocarsi dai coeredi donatarî, contro i coeredi che propongono azione di riduzione, bensì dai soli creditori ereditarî, e legatarî particolari; poichè, se costoro, in mancanza dell' inventario, sono ammessi a chiedere il pagamento dell'intero loro avere, anche su' beni proprii dell'erede; lo è per effetto del quasi contratto di adizione di eredità, che vi obbliga gli eredi puri e semplici, anche *ultra vires*, articolo 791, 794, § 3, *Inst. de oblig. quae quasi ex cont. nasc.*

» Nè vale il dire che lo inventario, sia nel caso in esame, unico elemento necessario a formare la massa, onde determinare le forze del patrimonio del disponente, dappoichè quando le leg. civ. nell'art. 747 e seguenti, si occupano a stabilire il modo in cui, nello interesse di più coeredi condividenti, abbia a formarsi la massa per darsi a ciascuno quello che spetta, non lo richiedono di necessità; ma reputano sufficiente rimettere le parti innanti un notaio all'uopo delegato; ed, in caso di controversia sulle aggregazioni o detrazioni che avessero a farsi, additano altri modi a provvedervi.

» Quindi i giudici del merito, lungi dal violare alcun articolo di legge, han fatto giusta applicazione dei principî contenuti nelle disposizioni dei citati art. 837, 838, 839, 719, 829 ed 836 leggi civili, quando han ritenuto che l' anzidetto art. 722 riguarda l' interesse dei creditori, ereditarî, e non dei coeredi; e che i legittimarî, nella mancanza dell'inventario, abbian sempre dritto, a fronte del coerede donatario, di far salva la loro quota di riserva, e chiedere la riduzione delle donazioni da costui ottenute dal comun genitore, al di là della quota disponibile ».

La gran Corte civile di Palermo nella causa Bonanno e Cattolica ha deciso similmente la stessa quistione.

coloro a cui non è dovuta *riserva?* Certamente no; e vedremo alla fine della spiegazione di esso articolo perchè ha parlato solo delle disposizioni fra vivi.

II. — 583. La legge concedendo l'azione di riduzione agli eredi legittimari, l'accorda altresì espressamente ai loro eredi o a tutti gli altri *aventi-causa*, eredi, successori regolari, donatari, legatari, creditori, cessionari, ecc. Ciò non voleva esser detto, risultando abbastanza dai principî generali del dritto.

Così, per modo di esempio, se mio padre posciachè si è investito per la mia morte del suo dritto alla riserva del quarto dei miei beni, muore lasciando per erede il fratello o altro parente, costui trovando il dritto di riserva nella successione del defunto, ne sarà debitamente proprietario e potrà esercitar l' azione di riduzione se occorre, come la avrebbe esercitato mio padre medesimo. Sarà similmente, se mio padre, non avendo alcun parente successibile nè naturale in grado di succedere ha per successore *ab intestato* il suo conjuge (art. 767 (683)) o lo Stato (art. 768 (684)). Se mio padre ha fatto a Pietro un legato universale, od uno particolare del dritto alla riserva di cui si tratta, gli è manifesto che l' azione sarà esercitata dal legatario. Se mio padre, sempre vivente, fa a Pietro una donazione universale di tutti i suoi beni, od una particolare di essa riserva: ovvero se glie lo cede a titolo oneroso per vendita permuta ad altro, il donatario o il cessionario avranno l' azione in luogo di lui.

Da ultimo, se il legittimario non abbia trasferito ad alcuno il suo dritto, i creditori di lui, i quali hanno per pegno legale tutti i beni del lor debitore (articoli 2092, 2093 (1962, 1963)) avranno dritto alla riserva di lui come agli altri beni tutti che gli appartengono, e potranno intentare l'azione di riduzione in nome di lui onde farsi pagare sui valori che essa produrrà. Tal dritto è formalmente scritto nell'art. 1166 (1119) il quale deducendo la conseguenza dell'articolo 2093 (1963) dichiara che i creditori possono esercitare tutte le azioni che spettano al lor debitore, eccettone ragionevolmente quelle fondate sopra un interesse morale anzichè pecuniario (come una nullità di matrimonio, una separazione di persona, ecc.); ma l' azione di riduzione avendo per fine di ottenere una parte di successione, di beni, di danaro, non può rientrare in tale eccezione.

In breve, l'azione di riduzione può essere intentata da tutti i rappresentanti o aventi-causa del legittimario; e per comprendere tal risultamento non c' era bisogno del nostro articolo.

III. — 584. Il presente articolo non è di maggiore utilità quando ci dice che nè lo esercizio nè il vantaggio della riduzione potranno appartenere ai donatarî o legatarî del defunto. Non ci sarebbe nè ragione, nè pretesto onde sostenere siffatta pretensione, non avendo i donatarî o legatarî altro dritto che di non soffrire la riduzione innanzi di essere veramente venuta la loro volta.

Così, per modo di esempio, se gli eredi legittimarî o loro aventi-causa volessero far ridurre una donazione prima dei legati (ovvero far ridurre alcuni di questi e non gli altri) il convenuto potrebbe certamente negarsi, dicendo che le donazioni si possono impugnare dopo i legati (ovvero che i legati debbono ridursi tutti in un medesimo tempo in proporzione). Non sarebbe questo un *domandare la riduzione,* ma solo non soffrirla egli stesso per questo che l' erede volendo esercitarla (il che non gli vien domandato) deve farla soffrire agli altri. Parimente , se l' erede ottenuta tutta la sua riserva colla riduzione di questa e quella liberalità, volesse farne ancora ridurre delle altre, gli è evidente che il convenuto vi si opporrebbe; ma non sarebbe questo un voler *trar vantaggio della riduzione*, cioè appropriarsi i beni da essi provenuti, ma piuttosto volerla schivare quando non si è obbligato soffrirla. Tutto ciò è incontrastabile; ma il fare una vera domanda di riduzione, o il trar vantaggio di una riduzione già fatta, gli è questo un dritto così impossibile pei semplici donatarî o legatarî che potevasi fare a

meno di tal formale disposizione onde loro negarlo.

585. Non è così pei creditori del defunto; se era impossibile dar loro il dritto di *domandare* la riduzione, avrebbesi potuto riconoscere a loro il dritto di vantaggiarsi della riduzione fatta. Molti giureconsulti han trovato difficoltà nel giustificare il divieto fatto dal nostro articolo, noi lo spiegheremo nel n. IV.

Ma se questi creditori non possono avere nè l' esercizio nè il vantaggio della riduzione, in quanto son creditori della successione, eglino lo avrebbero l' un l' altro se fossero creditori *personali* dell' erede legittimario; perchè abbiam veduto che secondo il principio generale degli articoli 2093 e 1166 (1963 e 1119) e secondo lo stesso testo del nostro articolo, l' azione spetta all' erede *e ai suoi aventi-causa*. Or sappiamo che i creditori ereditarî diventerebbero creditori *personali* dell' erede, se questi accettasse semplicemente; per effetto di tale accettazione, il creditore che ha per debitori l'eredità e *l'erede stesso*, potrebbe non solo farsi pagare sopra i beni fatti ritornare dall' erede, ma altresì farli egli stesso ritornare, esercitando in nome del debitore l' azione da lui non intentata. L' accettazione col beneficio è dunque il solo mezzo onde l'erede potrebbe sottrarre al dritto dei creditori della eredità la riserva che egli si propone di ottenere colla domanda di riduzione.

IV. — 586. La regola che nega ai creditori del defunto il dritto di trar vantaggio della riduzione, ravvicinatasi al principio che al solo erede permette di domandare la riduzione, è stata la vera pietra d' inciampo. — Perchè la riserva, han detto gli uni, è la stessa successione, nella quale quindi rientrano i beni fatti ritornare colla riduzione; è dunque inconseguente ed ingiusto negare ai creditori della eredità il dritto di pagarsi sopra i suoi beni. — Hanno detto altri: Non avendo dritto ai beni provenienti dalla riduzione i creditori ereditari, questi beni non fan parte della eredità, la riduzione non si esercita col *titolo* di erede, ma con quello solo di figlio o di ascendente, e non è quindi necessario per esercitarla che si accetti la successione. — Entrati in questa via, si sono sempre più slontanati; alcuni han detto che non solo il titolo di erede non fosse necessario per domandare la riduzione. ma che impedisse anzi di domandarla. Essendo l'erede, si è *detto* colle parole di Maleville pronunziate nel consigliodi Stato. il rappresentante del defunto, investito degli stessi dritti ed obblighi di lui, sarebbe dunque tenuto a mantenere la donazione anzichè aver facoltà di farla ridurre (Fenet, XII, p. 345). L' erede dunque potrà far solo ridurre quando accetterà col beneficio.

Tutti questi sono altrettanti errori; mentre che semplicissima è la spiegazione di siffatte difficoltà, la quale fu nell'antico dritto tentata da Dumoulin e Ricard medesimo, intraveduta dai compilatori del Codice, nè pur sospettata dai moderni scrittori. Non v' è cosa più esatta e conciliabile di queste due idee: cioè 1° che i creditori del defunto non hanno alcun dritto sopra i beni provenienti dalla riduzione; 2° che la riduzione non può essere domandata che dal legittimario il quale accetta la successione, col beneficio o puramente (1).

587. La prima di queste due disposizioni si fonda sul motivo già indicato nel n. 1 dell' articolo 857 (776), cioè che i beni provenienti dalla riduzione, come quelli che dalla collazione provengono, non rientrano nella successione, nel patrimonio ereditario che *relativamente* agli eredi, e ne restano fuori per tutti gli altri.

(1) Dumoulin non trovando alcun modo di conciliare queste due idee, ammetteva onde rimuovere l'azione dei creditori, che il legittimario potesse in questo caso esercitare la riduzione tuttocchè rinunzii alla eredità. Egli non si avvedeva che in tal modo violava il principio *non habet legitimam nisi qui haeres est*. — Ricard respingendo questa falsa dottrina ve ne sostituiva altra che non ha senso. Riconosceva egli la necessità di essere erede, ma insegnava che si schiverebbe l'azione de' creditori ove si accettasse col beneficio. Dimenticava che l' accettazione col beneficio dispensa l'erede di pagare i debiti su i suoi proprî beni, ma non già su quelli ereditarî.

L'altra vuole maggiore sviluppo che tanto è facile quanto il primo. Dal definire l'erede rappresentante del defunto, si inferisce che egli è investito degli stessi dritti e delle obbligazioni di quello, ma questa idea in generale vera è soggetta ad una restrinzione. A lato dei dritti e delle obbligazioni che dall' autore continuano al suo erede, ve ne sono altri creati dalla legge per lo erede, e che incominciano quindi da lui. Così egli ha il dritto di far conferire la cosa donata al suo coerede *dal defunto*, ed è tenuto ad eseguire i *legati*, sebbene il defunto non abbia potuto avere nè tal dritto, nè tale obbligo. Si comprende come questo genere di dritti e di obbligazioni si presti alle sottigliezze sofistiche, e come sia facile difendere a piacere il *sì* e il *no*, quando si domanda se egli come erede abbia questi dritti ed obbligazioni. Non è come erede, dirà l'uno, perchè l'erede è il rappresentante del defunto, e tali dritti ed obbligazioni non esisterebbero per costui; è come erede, dirà un altro, perchè questi dritti ed obbligazioni non esisterebbero più se egli rinunziasse alla successione! Così al consiglio di stato Maleville sebbene riconoscesse che il legittimario non potrebbe domandare la riduzione se non fosse erede, diceva, che egli non la domanda come erede. — La vera risposta alla quistione se i dritti e le obbligazioni risultino o pur nò dal titolo di erede è la seguente: *sì*, ne risultano, ma solo *mediatamente*. Ne risultano, poichè non esistono senza di esso; ma ne risultano mediatamente, trovandosi il loro principio non *nella rappresentazione* del defunto, ma nella *diretta* attribuzione della legge: il titolo di erede, l'accettazione della successione n'è la condizione; e causa la legge. — Si dileguano così i dubbi che si volevano far nascere o intorno alla necessità (dimostrata sotto l'art. 913 (829), n. IV) di essere erede per aver la riserva, o intorno alla possibilità che il legittimario faccia ridurre, accettando puramente ovvero col beneficio.

Ma se il legittimario non ha uopo di accettare col beneficio per potere esercitare l'azione di riduzione, gioverebbe almeno fargli stendere, tuttochè accetti puramente, un inventario regolare dei valori mobil della eredità, non potendo senza di esso provar facilmente che egli non abbia trovato nella eredità di che pagare la sua riserva. Non pertanto non bisognerebbe stabilire il principio, come fa Delvincourt, che la mancanza d'inventario fa decadere l' erede dal suo dritto di riduzione. Questo decadimento non può stabilirsi così di arbitrio, e senza un testo positivo. Di più l'errore di Delvincourt è stato rigettato dagli scrittori e dalle decisioni da cui si riconosce solamente che la mancanza d' inventario permetterebbe, che i donatari e i legatari facessero la prova contro lo stesso erede per mezzo della voce pubblica, e che i tribunali decidessero contro di lui con semplici presunzioni (1).

V. — 588. Il nostro articolo non consente la riduzione che a coloro in vantaggio dei quali la legge accorda la riserva, e i primi articoli del nostro capitolo stabilendo la riserva non parlano nè di figli naturali nè di adottivi. Ma abbiamo veduto sotto gli articoli 913, 614 (829, 830), n. II) che la legge accorda anche la riserva in vantaggio dei figli naturali o adottivi, e quindi l' azione di riduzione appartiene ad essi secondo i termini stessi del nostro articolo, e (come similmente abbiamo veduto) tanto per le donazioni anteriori alla adozione o al riconoscimento, che per le altre.

VI. — 589. Abbiamo detto al n. 1 che il dritto di far ridurre alla porzione disponibile appartiene al solo erede legittimario, sì pei legati, e sì per le donazioni; perchè dunque il nostro articolo dicendo che il solo legittimario potrà domandare la riduzione, parla soltanto della riduzione delle disposizioni fra vivi? Senza fallo

(1) Merlin (*Rep.*, Legittima, sez. 5); Toullier (V-166); Grenier (n. 591); Dalloz (cap. 3, sez. 3, articolo 2); Vazeille (n. 3); Coin-Delisle (n. 5); Saintespés (II-446); Bourges, 11 dic. 1821; Parigi, 11 febb. 1825; Cassaz., 14 aprile 1829.

non se n' è parlato per rendere generalmente ed assolutamente vera la proposizione, imperocchè la riduzione dei legati a differenza di quella delle donazioni, può farsi per cause diverse dall'attacco recato alla riserva, e quindi domandarsi da altri che non sieno gli eredi legittimari. Così, un defunto senza eredi legittimari e con un patrimonio di 50,000 franchi, abbia fatto alcuni legati di cui il totale ammonti ad un valore di 75,000 franchi; gli è manifesto che questi legati dovranno essere tutti ridotti di un terzo, e ciascuno dei legatari onde avere i due terzi della somma legatagli, avrà il dritto di domandare la riduzione di tutti gli altri legati; ecco dunque un caso in cui la riduzione dei legati può essere domandata *da semplici legatari*. Se supponiamo avere il defunto disposto dei suoi 50,000 franchi con diversi legati a titolo particolare, e lasciato 25,000 fr. di debiti, i creditori di lui (come in appresso vedremo sotto l'art. 1024 (979)) avranno il dritto di far ridurre di metà ciascuno dei vari legati; talmente che vi sarebbe allora una domanda di riduzione fatta *dai creditori*. Ciò spiega il perchè nel nostro articolo, come si è detto, la riduzione dei legati potrebbe solo domandarsi dai legittimari.

922 (839). — Si determina la riduzione formando una massa di tutti i beni esistenti alla morte del donante o del testatore. Vi si riuniscono fittiziamente quelli dei quali è stato disposto a titolo di donazione fra vivi, secondo lo stato all' epoca delle donazioni, e il loro valore al tempo della morte del donante. Si calcola sopra tutti questi beni, dedotti i debiti, qual sia la porzione di cui egli ha potuto disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi che lascia.

SOMMARIO

I. Idea generale dell' articolo. La riduzione dei debiti si fa sopra i beni esistenti alla morte; mala compilazione dell' articolo.

II. Si comincia dal contare tutti i beni esistenti per il valore che hanno al tempo della morte, eccettone quelli che non fan parte dell' ordinaria successione. Rimando.

III. Si deducono poi da essi beni, tutti i debiti eccettone egualmente la porzione corrispondente a quelli che non si comprendono nella massa attiva.

IV. In fine si riunisce all' eccedente dello attivo se ve n' è, lo ammontare di tutti i beni donati fra vivi. Come si fa la stima di essi beni.

V. La frazione disponibile si prende sulla massa fittizia risultata dai calcoli indicati. Quali liberalità si imputino sul disponibile in tal modo risultato, per conoscere se debba farsi la riduzione. Rimando.

VI. Giurisprudenza contraria al nostro articolo seguita per molti anni dalla Corte suprema e poi abbandonata dopo il 1826.

I. — 590. Per sapere se debbansi ridurre le donazioni o i legati, cioè se eccedano la porzione disponibile, è mestieri conoscere dapprima questa porzione, e siccome essa è una frazione più o men grande, secondo i casi dello intero patrimonio, bisogna incominciare dal determinare la somma di questo. Il nostro articolo ci dice, che per ottenere questo risultamento si debbono riunire fittiziamente tutti i beni che il defunto ha gratuitamente alienato durante sua vita, a tutti quelli di cui egli era ancora proprietario alla sua morte; dedurre dal totale i debiti lasciati, e dalla somma che avanza si conoscerà qual sia la frazione di essa che sia disponibile secondo gli articoli 913, 915 (829, 831). Ma questo procedimento non deve essere seguito per ciò che riguarda la deduzione dei debiti. Difatti non potendo i creditori trar vantaggio dalla riduzione, i loro crediti debbono esser quindi pagati dai beni esistenti al tempo della morte, e non da quelli donati; e per conseguenza onde

fare uno esatto calcolo la deduzione deve farsi sopra i beni esistenti.

Il modo di calcolare indicato dall' articolo è diverso quante volte i debiti non oltrepassano i beni esistenti; perchè allora è sempre uno il risultamento, o si faccia la deduzione sopra questi beni soli, o sovra essi beni congiunti a quelli donati. Ma se i debiti oltrepassino i beni esistenti, e invece di dedurli da essi soli (fatta astrazione dell' eccedente del passivo che si è *perduto* dai creditori e si trova *annientato*) si faccia la deduzione sopra i beni *esistenti* e quelli donati, si graverà in tal modo *fittiziamente* una parte di debiti sopra quelli donati che *realmente* non devono nulla pagare, e si scemerà di altrettanto l' attivo diffinitivo, ed anche la porzione disponibile che n'è una frazione. Seguendo così la lettera del nostro articolo, l' erede avrebbe una riserva maggiore di quella della legge: imputando sopra i beni donati una certa parte di debiti, egli si farebbe restituire dai donatari, oltre la sua vera riserva, una somma che negherebbe poi di dare ai creditori invocando l' articolo 921 (838).

Supponiamo 50,000 fr. di beni esistenti, 50,000 di beni donati, 80,000 di debiti, e un sol figlio: questi deducendo gli 80,000 fr. di passivo dalla massa totale di 100,000, direbbe ai donatari che ne avanzano soli 20 mila di attivo; che essendo metà la porzione disponibile, essi non han dritto che a 10 mila; ed avendone ricevuto 50,000, devono restituirgliene 40,000; sui quali, gli resteranno solo 10,000 fr. come riserva, toccando gli altri 30,000 ai creditori.—Ricevuti i 40,000 franchi, egli direbbe ai creditori che diniegandogli l' art. 921 (838) di trar vantaggio della riduzione, essi debbono prendersi non altro che i 50,000 franchi ritrovati alla morte del suo autore. Così in un caso che il disponibile è di metà, e per conseguenza devono essere pari la disponibile e la riserva, il legittimario prenderebbe 40,000 fr., lasciandone 10,000 ai donatari. Gli è evidente, al contrario, che i creditori avendo dritto sopra i beni esistenti alla morte e dovendo perdere ciò che loro è dovuto oltre la somma di tali beni, la deduzione dei debiti deve farsi solo sopra di essi. Così, avremo per attivo netto tutti i beni donati, 50,000 franchi, di cui una metà rimarrà ai donatari come disponibile, e l'altra ritornerà all'erede legittimario. Il nostro articolo indica un modo diverso di calcolare, certo perchè i compilatori si sono preoccupati dei casi più comuni, in cui i debiti non oltrepassano l'attivo del giorno della morte (1).

II. — 591. Così per determinare la massa che divisa deve dare le due porzioni disponibile e riservata, farà mestieri 1° stabilire il valore dei beni che il defunto possedeva alla sua morte; 2° dedurne lo ammontare dei debiti; 3° in fine apprezzare il totale dei beni donati fra vivi, e aggiungerlo all' attivo già trovato.

E primieramente, bisogna stimare tutti i beni che il defunto ha lasciati alla sua morte; tanto quelli di cui avrebbe potuto disporre per testamento, che quelli ch' egli fa passare ai suoi eredi. Si stimano secondo lo stato e il valore ch' essi presentano al giorno della morte, non tenendo conto dei cambiamenti sopravvenuti di poi, perchè il dritto alla riserva, alla successione riservata ha effetto al momento stesso della morte; e su tutti insieme i beni e i valori in quel punto esistenti, l' erede deve avere la tal frazione, e i donatari e i legatari la tale altra. Dunque gli aumenti sopravvenuti dopo la morte gioverebbero all' erede come le diminuzioni sarebbero per lui un danno di cui non potrebbe farsi ristorare.

In fatti, al momento stesso della morte si è immediatamente determinata *in dritto* la riserva (sebbene *in fatto* lo sia dopo più o men tardi), dopo quel punto essa è la proprietà non più del defunto ma dell' e-

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola Riserva); Grenier *n.* 612); Levasseur (n.73); Toullier (V-144); Delvincourt, Duranton (VIII-343); Demante (Prog.11-286); Vazeille (n. 23); Coin-Delisle (n. 37); Saintespés (II-469).

rede per conto di cui essa si è accresciuta o sminuita.

Così, di un patrimonio di 100,000 franchi il defunto abbia lasciati 40,000, e donatine fra vivi 60,000, avendo un sol figlio. Supponiamo che la riduzione sia domandata molto tempo dopo la morte (perchè il figlio non fosse presente, o per altra qualunque ragione) e al tempo della domanda i beni lasciati dal defunto, e che valevano 40,000 fr. nel giorno della morte offrano (per la costruzione di una strada, di un canale, ecc.) un valore di 60,000 o di più; i donatari non potrebbero perciò dire che non si debba far la riduzione, avendo il figlio la metà del patrimonio o anche di più. Gli è vero che i beni posseduti dal figlio valgano *oggidì* la metà del patrimonio; ma non bisogna aver riguardo a ciò.

Fa mestieri conoscere se tali beni valessero la metà del patrimonio al giorno della morte; ma allora valevano 40,000, essendo il patrimonio di 100,000: dunque non valevano la metà, e quindi dee farsi la riduzione. Viceversa, se i beni valessero non più 40,000, ma 30,000, o anche di meno, non monterebbe tal cambiamento; e i donatari dovrebbero restituir sempre al figlio non altro che 10,000 franchi.

Si devono contare secondo il nostro articolo (ed è altronde un punto certo) *tutti* i beni lasciati dal defunto, tutti i valori di qual si sia natura, gl'immobili corporali e incorporali, i mobili di ogni specie, denaro, gioje, proprietà letterarie, ecc. non badando alla origine di alcuno di questi beni, e se il defunto lo abbia acquistato con la sua industria, o gli sia venuto per successione donazione o altrimenti.

Si contano altresì i crediti, comprendendovi quelli che il defunto potesse avere contro il suo erede, e di cui questi si è liberato per confusione (art. 1300 (1254)). Fra i quali crediti, i buoni essendo puri e semplici o solo a termine devono contarsi per il valore nominale; quelli evidentemente cattivi devono rigettarsi; e i dubbi o condizionali, siccome non possono essere nè ammessi nè rigettati assolutamente, non permettono di farsi al presente che un calcolo provvisorio il quale sarà poi seguito da un conto supplementario appena conosciuti i risultamenti. Si potrebbe intanto schivare questo inconveniente pei crediti dubbi o condizionali o anche per tutti altri beni, di cui la proprietà sarebbe condizionale, o minacciata di evizione, vendendo immediatamente questi diversi valori ove se ne porga il *destro*, o mercè una stima a prezzi determinati per cui i donatari e i legatari, si concerterebbero con lo erede.

Quando diciamo doversi contare, perchè si determinasse la disponibile e la riserva, tutti i beni lasciati dal defunto, non intendiamo parlare che di quelli realmente spettanti all' eredità che deve dividersi in disponibile e in riserva. Or si sa che lo ascendente il quale ha donato dei beni ad uno dei suoi discendenti può, morendo questi senza prole e trovandosi la cosa ancora nel patrimonio di lui, riprenderla ad esclusione di tutti gli altri eredi; e i beni in tal modo ritornati agli ascendenti donanti, formano una speciale successione che non ha riserva. Ciò che si attiene a tal materia è stato svolto sotto l'art. 747 (670).

592. La teoria da noi presentata su questo caso, si applica egualmente quando un adottante riprende nella eredità dello adottato (art. 351 (275)) o dei suoi discendenti (352 (276)) se quegli muore senza prole, i beni da lui donati, e quando pure i figli dell' adottante riprendano nella eredità dell' adottato (art. 351 (275)) morto senza prole (ma non già in quella dei suoi figli, come a torto ha detto Coin-Delisle, n. 2) le cose donate dallo adottante o raccolte nella successione di costui (1). In questi vari casi i beni che non sono soggetti al ritorno

(1) Senza dubbio per inavvertenza Coin-Delisle parla dei figli di adozione che riprendono i beni nella successione del loro fratello adottivo *o dei suoi figli*. Per l' adottante il ritorno legale esiste tanto sopra la successione dei figli dell' adottato, che sopra quella dello stesso adottato; ma per

legale non fanno parte della successione ordinaria che deve dividersi nelle porzioni disponibile e riserbata; non occorre dunque tenerne conto per determinare la massa di essa successione.

III. — 593. Stabilito il valore dei beni esistenti alla morte, bisogna che se ne deducano i debiti, e in ciò fare si seguiranno le regole analoghe a quelle di sopra indicate.

Così, siccome si stimano tutti i beni, bisogna detrarre tutti i debiti, cioè il valore di *tutte* le obbligazioni di ogni sorta cui *la eredità* è soggetta adempire. E per quelle condizionali la detrazione sarà provvisoria, e salvo un novello calcolo se la condizione non si compisse. Si potrebbe altresì di comune accordo dei donatarî, legatari, e dell' erede insieme ai creditori condizionali, liberarsi di tali obbligazioni pagando prontamente ai creditori una somma convenuta; ovvero anche senza il concorso dei creditori, stimare quei debiti eventualmente *ad una* somma stabilita, che sarebbe immediatamente dedotta.

Così ancora, contandosi nei beni i crediti che il defunto potesse avere contro il suo erede, bisogna anche tra i debiti contare quelli che l'erede potesse avere contro il defunto.

Da ultimo, siccome non van contate nell' attivo dei beni esistenti, le cose che formano la speciale successione degli articoli 351, 352 e 747 (275, 276 e 676), così non si detrarrà da questo attivo la porzione di debiti che dovrà sostenersi da essa successione speciale. Per modo di esempio, essendovi un patrimonio di 100,000 franchi di cui 40,000 (o due quinti) stan soggetti al ritorno legale di modo che bisogna contarne 60,000 per la successione ordinaria; e da altra parte vi sieno 30,000 franchi di debiti; allora gli è manifesto che dovendo due quinti di essi debiti ossia 12 mila franchi pagarsi da colui che vantaggia del ritorno bisognerà detrarre dalla ordinaria successione solo 18,000 franchi, in modo che l' attivo netto e diffinitivo sarà di 42,000 franchi.

Bisogna comprendere anche nei debiti da dedursi le spese funerali, e quelle fatte dall' erede per accettar la successione, metter suggelli, far l' inventario, la divisione, ecc.

IV.—594. Nel fare la stima dei beni esistenti e la detrazione dei debiti, fa mestieri stimare i beni donati fra vivi; e siccome si sono dovuti apprezzare *tutti* i beni esistenti, e dedurne tutti i debiti, bisogna anche apprezzare *tutti* quelli donati. Così occorre tener conto dei beni donati non solo agli estranei, ma anche agli eredi, o per anticipazione di eredità, o per precapienza. Difatti non si vuol conoscere se questa o quella donazione debba o pur no venir ridotta, e se imputarsi sulla riserva o sul disponibile; bisogna solo formare la massa fittizia su cui devono calcolarsi la riserva e la disponibile, e quindi contare tutte le donazioni imputabili tanto sull' una che sull' altra porzione. Nel seguente numero torneremo su queste idee per ciò che si attiene alle anticipazioni di eredità.

Ma in che modo dovrà farsi lo apprezzamento dei beni donati? Il testo del nostro articolo vuol che si prenda per base lo stato in cui dessi erano nel giorno della donazione, e il valore che hanno o dovrebbero avere nel giorno della morte del donante secondo quello stato; di che segue che nessun conto dovrebbe tenersi mai dei cambiamenti sopravvenuti nello stato della cosa donata, nello intervallo della donazione alla morte.

Siffatta regola è esatta pei casi ordinarî; ma diventerebbe falsa se le si volesse dare un assoluto significato, che certamente non era pensato dai compilatori. I donatarî hanno potuto migliorare o svilire i beni; nè sarebbe conveniente che la eredità guadagnasse o perdesse pel fatto dei donatarî un valore più o meno notevole. I beni devono dunque essere stimati

i figli dell'adottante esiste solo sopra quella dell'*adottato* e non mai sopra quella dei suoi figli. Gli articoli 351 e 352 (275 e 276) si spiegano intorno a ciò nel modo più positivo.

secondo il valore che avrebbero, *se non fossero stati donati dal defunto*. Ciò vuol dire il nostro articolo, e i cambiamenti di cui vieta tenersi conto, provengono dal fatto dei donatari. Se non che questa idea della legge è espressa in modo inesatto; perchè lo stato che le cose offrivano nel giorno della donazione ha potuto ricevere modificazioni non per fatto dei donatari, ma per altre cause che le avrebbe necessariamente prodotto anche nel patrimonio del defunto, e di esse la eredità deve soffrire o profittare. Così, una casa del valore di 30,000 franchi al tempo della donazione, e di 40,000 al tempo della morte (per modo di esempio, per la costruzione di novelle strade) rimasta nello stesso stato, ne vale 60,000 per gli aumenti prodottivi dal donatario; gli è manifesto che devesi tener ragione del valore di 40,000, secondo i termini del nostro articolo, e non già dei 20,000 di plusvalenza proveniente dalle spese del donatario. Ma un terreno che valesse 50,000 franchi e che oggi vale 70 mila per effetto di notevole accrescimento prodotto da alluvione, deve contarsi per 70,000, e non apprezzarsi secondo il valore che avrebbe se fosse ancora nel medesimo stato che al giorno della donazione. Quel cangiamento il terreno lo avrebbe ricevuto tanto nel patrimonio del defunto che nelle mani del donatario. Se una fabbrica è stata distrutta da una inondazione o da altro caso fortuito, la eredità deve sempre soffrirne la perdita, e la cosa devesi stimare, non secondo lo stato in cui era al tempo della donazione, ma secondo quello in cui oggi è. Se infine il donatario ha sofferto la espropriazione forzata dell' immobile, dovrà di certo entrare in conto nè più nè meno il ristoro pagato.—In breve, la regola a cui bisogna attenersi, è che i beni devono contarsi per quel che varrebbero al tempo della morte, se il defunto non li avesse dati.—Ciò è semplice, perchè i calcoli indicati dal nostro articolo mirano a far conoscere quanto varrebbe la eredità se non vi fossero state donazioni.

595. Questa regola ci sembra applicabile tanto ai mobili che agli immobili, e tale da prevenire le difficoltà incontrate dal più degli scrittori nel decidere se i mobili debbano stimarsi secondo il valore nel giorno della morte ovvero in quello della donazione. Sembraci necessaria la seguente distinzione. Essendo beni mobili che si possiedono nell' uso per consumarli o alienarli subito, la loro donazione impedisce che si ritrovino nella successione, non le stesse cose (perchè il donante non le avrebbe custodite), ma il valore che avevano al punto della donazione; nel qual tempo difatti il donante le avrebbe vendute permutate o consumate. Il valore che trovasi di meno nel patrimonio, è dunque quello che il donante avrebbe tratto da esse cose alienandole a titolo oneroso, o quello per il quale egli avrebbe dovuto ottenerne altri per consumarli. Essendo al contrario beni mobili che si usa conservare (rendite, crediti, offici ministeriali, mobili, pietre preziose, gioie, ecc.) la successione, se non ci fosse stata donazione, le possederebbe in ispecie; ella dunque è priva di quel valore che hanno al tempo della morte per cui devono essere contate (1).

596. I beni donati devono essere sempre contati per quel valore che avrebbero avuto *al tempo della morte* se non vi fosse stata donazione. Così, quando anche i calcoli di riduzione si facessero molto dopo la morte, e i beni donati fossero di molto aumentati, o sminuiti di valore nello intervallo *(per cause indipendenti dal donatario)*, i calcoli si faranno sempre secondo il valore che hanno al tempo della morte. Supponiamo, che alla morte vi fossero 100,000 franchi di cui 40,000 fossero il valore di una casa raccolta dal figlio unico erede, e 60,000 di un podere donato: la donazione del podere se la riduzione si fosse fatta immediatamente, sa-

(1) Confr. Grenier (num. 637); Delaporte, Delvincourt, Toullier (V-139); Duranton (VIII-342); Vazeille (n. 14); Coin-Delisle (n. 31-35); Saintespès (II-493).

rebbe stata ridotta *di un sesto*, dunque in qualunque tempo si faccia la riduzione, e qual che sia il valore del podere donato, dovrà farsi sempre la detrazione del sesto. Così se il podere per felici circostanze fosse pervenuto al valore di 90 mila franchi, il donatario non potrebbe liberarsene offrendone 10,000, ma dovrà restituire un sesto del podere che vale oggi 15,000 franchi.

Difatti bisogna calcolare il valore al tempo della morte non solo per una parte, ma per tutt' i calcoli da fare. Ora il valore del podere al tempo della morte, era due terzi del suo valore presente, e siccome i 90,000 franchi d'oggi rappresentano i 60,000 di allora, così 15,000 d'oggi debbono equivalere ai 10,000 dovuti al tempo della morte. In altri termini la cosa donata, il podere deve soffrire la deduzione; esso dunque si apprezza col valore che ha alla morte, cioè 60,000, i quali riuniti ai 40,000 raccolti dal figlio formano un patrimonio di 100,000, di cui metà è del figlio, dunque a lui mancano 10,000 franchi; ma 10,000 sono il sesto del podere apprezzato 60,000, egli dunque deve prendersi questo sesto. Il qual sesto divenuto proprietà del figlio alla morte ha dovuto aumentare per lui di valore, come gli altri cinque sesti per il donatario. Viceversa, se il valore del podere fosse diminuito (sempre *per cause indipendenti dal donatario*).

V. — 597. Stabilito il valore dei beni donati, ed aggiuntolo a quello di cui l'attivo dei beni esistenti eccede il passivo, *si calcola sull' intero la porzione disponibile e la riserva secondo il numero e la qualità degli eredi legittimari*; così un quarto disponibile (e quindi tre quarti riservati) per tre o più figli; un terzo per due figli; metà per un figlio, o più ascendenti in ciascuna linea; tre quarti per uno o più ascendenti in una sola linea.

Stabilita così la somma del disponibile vi s' imputano: 1° i beni donati fra vivi ad uno estraneo o ad eredi con precapienza; 2° i beni legati, e 3° i beni donati fra vivi per anticipazione di eredità ad eredi, i quali rinunziano; le donazioni per anticipazione di eredità fatte ad eredi che accettano, s' imputano nella riserva. Tutto ciò è stato spiegato sotto l' articolo 919 (835). — Se il valore totale dei beni donati fra vivi ad estranei o per precapienza ad eredi. o per anticipazione di eredità ad eredi, i quali rinunziano, e dei beni legati eccede il disponibile, la riduzione si fa secondo la regola indicata dal seguente articolo.

VI. — 598. Per molto tempo la Corte di cassazione col sistema che seguiva violava apertamente il nostro articolo 922 (839) (1).

Dichiarando l' art. 857 (776), che la collazione è stabilita per gli eredi fra loro e non vi han dritto i donatari o legatari, la Corte di cassazione ne traeva la esagerata conseguenza, che i donatari e legatari non potevano contare i beni conferibili per conoscere lo ammontare del patrimonio, e stabilire la somma delle due porzioni disponibile e riserbata. Così avendo un padre di tre figli, proprietario di 80,000 franchi, donato 20,000 a ciascuno per anticipazione di eredità, o legatone 6 o 7,000, si pretendeva che questo tenue legato eccedesse la porzione disponibile, e dovesse ridursi per la domanda dei figli che accettano la eredità. Il legatario, si diceva, non può profittare delle collazioni; il patrimonio dunque per esso non si compone che dei 20,000 franchi esistenti alla morte, nè può ricevere quindi che il quarto di essi ossia 5,000.

Questo sistema derivato da una falsa interpretazione dell'art. 857 (776) violava apertamente il nostro articolo, il quale impone che si riuniscano fittiziamente i beni donati a quelli esistenti, onde calcolare il disponibile sullo intero patrimonio. Esso violava parimente gli articoli

(1) 30 dic. 1816; 27 marzo 1822; 12 febb. 1824; 8 dic. 1824; — 8 luglio 1826, 19 ott. 1829; 8 gen. 1834; 2 marzo 1838.

913, 915 (829, 831) stabilendo due successive riserve. Difatti nella specie sopra riferita riserbava ai figli i tre quarti del patrimonio, o 60,000 franchi, poi i tre quarti dell' ultimo quarto, non lasciando per porzione disponibile che il quarto di un quarto, ossia 5,000 franchi sopra 80 mila. Ripresentatasi nel 1826 avanti le camere riunite la quistione, la Corte ha in fine abbandonato questa falsa interpretazione (1).

923 (840). — Non vi sarà mai luogo alla riduzione delle donazioni fra vivi, se non dopo di aver esaurito il valore di tutti i beni compresi nelle disposizioni testamentarie: e qualora vi sarà luogo a questa riduzione, essa si farà cominciando dall' ultima donazione, e così successivamente risalendo dalle ultime alle più antiche.

SOMMARIO

I. Le liberalità imputabili sul disponibile sono ridotte per ordine di date incominciando dalle più recenti.—La regola si applica alle donazioni tra conjugi come alle altre. Errore di Duranton.

II. Essa si applica egualmente alle donazioni per anticipazione della eredità a cui i donatari rinunziano; ma la loro data rispetto alle liberalità ordinarie è quella della rinunzia, che le trasmuta in donazioni ordinarie.

III. La insolvibilità di un donatario anteriore alla morte del donante ricade sul patrimonio. Confutazione di Merlin, Toullier e Grenier.

I. — 599. Le diverse liberalità che il defunto ha potuto fare non devono essere ridotte tutte insieme e in proporzione al valore di ciascuna, ma separatamente per ordine di date, e in modo che la più recente sia ridotta per intero se occorre, innanzi di toccare la precedente. La ragione è semplice; mentre i beni disponibili non sono stati esauriti dal defunto, le disposizioni da lui fatte son ben fatte; le liberalità che posson attaccare gli eredi legittimari sono quelle fatte dopo esaurito il disponibile. L' annullamento quindi deve farsi dalle ultime in sù fino a giungere al punto che è finita l' attribuzione dei beni disponibili; quindi si annulleranno tutti i legati per intero se occorre, innanzi di toccare le donazioni fra vivi, perchè le disposizioni testamentarie che han per data il punto stesso della morte (art. 895 (815), n. II) son posteriori alle donazioni fatte dal defunto durante la sua vita.

L' applicazione del principio non è più difficile per le donazioni fra loro. Così posto anche che due donazioni si fossero fatte lo stesso giorno, ma con atti separati, quella che si proverebbe essere la prima (o perchè il notaro avesse fatto menzione dell' ora, o perchè la accennerebbe alla precedente fatta alla tal persona) resterebbe intatta non ostante la riduzione dell' altra. Inammessibile è la opinione contraria di Dalloz. S' invoca indarno l' art. 2147 (2041) perchè dal divieto che fa la legge di contare per ore in materie ipotecarie non consegue certamente di contarsi in tal modo in qualunque altra materia. Un figlio non succede egli al padre sopravvivendogli di un tempo anche brevissimo? Di due persone nate lo stesso giorno non è maggiore quella che nasce la mattina, essendo l' altra nata dopo mezzo giorno? Qualunque cosa in fine non è più antica di un' altra cominciata un' ora prima. L' articolo 2147 (2041) è una eccezione fondata sopra particolari motivi, e onde applicare una siffatta regola alla materia di cui ci occupiamo farebbe mestieri dichiarare il nostro articolo positivamente che tutte le donazioni fatte lo stesso giorno, si reputassero avere

(1) Ved. la nota precedente.

la stessa data (1).

E certamente si applicherà per qualunque sorta di donazione questa doppia regola: 1° che tutti i legati debbano ridursi innanzi una sola donazione: 2° che una donazione più recente lo sarà sempre prima della più antica. — Così la donazione mascherata sotto la forma di un contratto oneroso, e che per essere dispensata dalla collazione (art. 851 (770), n. 3) non è meno soggetta alla riduzione, sarebbe come qualunque altra ridotta secondo la sua data. — *Così* pure la donazione fra conjugi *durante* il matrimonio tuttochè revocabile a volontà del donante (art. 1096 (1050)) dovrebbe esser sempre ridotta dopo i legati e le donazioni ad essa posteriori. Duranton (VIII-357) pretende che tal donazione debba ridursi come ed insieme ai legati; allegandone per motivo, che essendo rivocabile la disposizione, l' autore di essa facendo di poi delle donazioni ordinarie, intenderebbe indubitatamente che esse si eseguissero sul disponibile, e la riserva si prendesse dai beni di cui era ancora padrone di disporre; che in tal modo rivocava implicitamente la donazione fatta al conjuge. Non comprendiamo il valore di tale argomento.

E dapprima, non comprendiamo come si possa qui scorgere di un modo assoluto la tacita rivocazione di cui parla Duranton. La tacita rivocazione di una disposizione non può risultare che dalla incompatibilità di essa con una posteriore disposizione (articolo 1035 (990)). Se io avessi donato a mia moglie *il mio podere di Normandia*, e di poi di esso *podere* facessi donazione *ad uno* amico, vi sarebbe di certo rivocazione della prima liberalità; ma quando donati a mia moglie 20,000 franchi dono poi ad un mio amico 20,000 o 15 o 25.000 franchi, come sarebbero imcompatibili le due disposizioni? E quand' anche le idee presentate quì da Duranton intorno alla tacita rivocazione fossero esattissime, vi sarebbe a fare altra risposta, cioè che la quistione di cui trattiamo non è di *rivocazione*, ma di riduzione. Si tratta tanto poco di quistione di rivocazione che se la donazione fosse veramente rivocata, non solo non avrebbe il suo effetto prima dei legati, ma non ne avrebbe mai in alcun caso; quand'anche il disponibile fosse più che sufficiente per la esecuzione di tutte le sue disposizioni, la donazione revocata perchè tale non potrebbe mai eseguirsi. Così i principî singolari coi quali Duranton pretende uguagliare la donazione fra conjugi coi legati, la metterebbero in una condizione più svantaggiosa di quella dei legati. Anzi se esatti fossero i principî di Duranton, se vero che il conjuge il quale esaurito prima il disponibile con una donazione al suo conjuge, faccia poi ad altri una donazione dello stesso valore della prima, rivocasse per ciò la donazione del conjuge, questa pretesa rivocazione non risulterebbe soltanto da una donazione irrevocabile, ma anche da un legato fatto posteriormente alla donazione del conjuge; perchè il defunto avrebbe tanto col testamento che colla donazione fra vivi manifestato la supposta volontà di assegnare ad altri il disponibile o la parte di esso, donata prima al conjuge? Ed ora posto anche che con un posteriore legato tacitamente si rivocasse una donazione fra conjugi, quello dovrebbe parimente rivocare la disposizione testamentaria anteriore; talmente che bisognerebbe cancellare dal Codice l'articolo 926 (843) secondo il quale tutti i legati debbono ridursi ad un tempo senza distinzione di quelli scritti prima o dopo.

Ripetiamo dunque che qui non si tratta affatto di revocazione, ma solo di riduzione, che questa si effettua secondo la data delle disposizioni; che avendo tutte le disposizioni testamentarie la stessa data (quella cioè della morte) in qualunque tempo sieno scritte, si riducono tutte ad un'ora; che essendo la loro data necessariamente posteriore a quella delle donazioni fra vivi, elle devono sempre ridursi prima di que-

(1) Vazeille (n. 6); Duranton (VIII-353); Coin-Delisle (n. 4); Vanjol (n. 4); Zachariae (V, p. 171); Saintesés (II-515).

ste; e che la donazione fra conjugi la quale ha per data non già il punto della morte, ma quello in cui si è steso l' atto avanti il notaro, deve ridursi dopo i legati ed anche le donazioni fra vivi posteriori alla stipulazione dell' atto (1).

II. — 601. Abbiamo di sopra veduto che le anticipazioni di eredità trasformandosi per la rinunzia dell' erede in donazioni ordinarie (imputabili perciò sul disponibile) han per data, come donazioni, il momento della rinunzia ; e per conseguente debbono ridursi innanzi tutte le altre liberalità e anche prima dei legati. Ma fa mestieri prendere con precauzione questa idea, la quale applicandosi in modo assoluto menerebbe ad un risultamento inammessibile. Se questa regola che i donatari di anticipazione di eredità diventano donatari ordinari proprio al momento di loro rinunzia fosse assolutamente vera ed anche pei donatari fra loro, ne seguirebbe che quello dei donatari che primo rinunziasse dovrebbe soffrire la riduzione dopo quelli che avessero rinunziato dopo, quand' anche la donazione per anticipazione di eredità fosse posteriore a quelle dei coeredi che rinunziano come lui. Or la cosa non potrebbe esser in tal modo; i donatari hanno tutti medesimezza di dritto e di titolo, e la preferenza deve stabilirsi fra loro dalla data delle donazioni. Le donazioni per anticipata successione fatte ad eredi che poi divengono estranei alla eredità, hanno una minore efficacia di quella delle donazioni ordinarie , non già assolutamente , ma solo rispetto ai donatari e legatari ordinari e nello interesse delle *liberalità* ad essi fatte. Dunque solo rispetto ai donatari e legatari ordinari, quelle *donazioni* debbono aver per data che determini la loro riduzione quella stessa della loro trasformazione. Quanto ai donatari di anticipata successione fra loro, nulla vieta anzi da tutto raccogliesi di darsi a tal trasformazione un effetto retroattivo al momento che la disposizione si è fatta (2).

Così supponendo un concorso di liberalità di ogni sorta, la riduzione si farà nel modo seguente: 1° tutti insieme i *legati* fatti senza precapienza agli eredi che rinunziano; 2° per ordine di date, le dona-

(1) Delvincourt (tom. 2); Levasseur (n. 115); Dalloz (n. 47); Coin-Delisle (n. 6); Zachariae (V-p. 170); Saintespés (II-509).

(2) Questi principî da noi primamente messi innanzi sono stati adottati da Saintespés (II-511) uno dei due scrittori che hanno scritto dopo su tal materia. Quanto all'altro (Duvergier nelle sue annotazioni sopra Toullier) egli non si dichiara su tal punto.

Del resto la regola , che le donazioni per anticipata successione fatte ad un erede che diventa estraneo alla eredità. formino una classe distinta solo per le quistioni di riduzione che si agitano coi donatarî ordinarî, e debbano del resto essere trattate come tutte le altre donazioni, questa regola diciamo, ha ben altre e diverse conseguenze da quella indicata. E noi abbiam visto in una specie in cui fummo consultati un caso di applicazione degno di essere notato. R... notaio a T... avea fatto a suo figlio per il contratto, di matrimonio di lui una donazione di 100 000,fr. *per anticipazione d' eredità*. Premoriva il figlio senza prole al padre. lasciando una eredità gravata di debiti a cui rinunziarono il fratello, la sorella e il padre; il fratello e la sorella, morto di poi il padre, pretesero che i 100.000 franchi dati espressamente *per anticipazione di eredità* non potessero restare proprietà del donatario. che come beni ereditarî, e in quanto quello avesse raccolto la eredità. in modo che la donazione si fosse fatta sotto una condizione risolutiva avveratasi per la premorienza del donatario al donante. *Il fratello* e la sorella pretendevano in conseguenza far ritornare la parte dei 100.000 fr. stata rilasciata, e negare il pagamento del resto. — Or non era fondata tal pretesa, perchè non essendo quistione fra il donatario per anticipata successione e *i donatarî* ordinarî per quistione di riduzione, la donazione per anticipata successione restava donazione ordinaria, che produceva gli stessi *effetti di qualunque* altra donazione. Come sostenere che la donazione per anticipata successione divenga nulla se la premorienza del donatario lo rende estraneo alla eredità. mentre quando il donatario che sopravvive al donante manifesta di rinunziare alla eredità, e vi diventa così estraneo di sua volontà e con una formale rinunzia , la donazione resta nondimeno valida ai termini dell'art. 845 (764)? Lo ripetiamo, se la donazione per anticipata successione il di cui donatario non viene alla eredità, è priva della qualità e della energia di quelle ordinarie , non lo è assolutamente, ma solo rispetto alle quistioni di riduzione che si agitano coi donatarî ordinari: se bisogna riconoscere che il donante facendo una pari donazione non intende spogliarsi del disponibile, nulla vieta. anzi l'art. 843 (764) invincibilmente comanda di riconoscere altresì che a prescindere dalla quistione di riduzione , il donante fa allora una donazione ordinaria.

zioni senza precapienza fatte a questi medesimi eredi; 3° tutti insieme i legati ordinari fatti ad estranei, o per precapienza ad eredi; 4° in fine per ordine di date le donazioni ordinarie (vedi i nn. 3 e 4 dello art. 919 (835)).

III. — 602. È quistione molto agitata, sebbene ci sembri molto semplice, in che modo e su chi debba gravare la insolventezza di un donatario la donazione di cui debba venir ridotta. Così, per modo di esempio, il defunto lascia un figlio e un patrimonio di 100.000 franchi, sì reale che fittizio, cioè: 30,000 di beni esistenti alla sua morte (di cui 10,000, se si vuole, legati) e poi tre donazioni, l' ultima di 20 mila, la seconda di altri 20,000 e la prima di 30,000. Il figlio onde avere i suoi 50 mila di riserva, prende prima i 30,000 di beni esistenti (se vi sieno anche legati, saranno tutti caduchi) di poi domanderà i 20,000 dell' ultimo donatario; se non che costui avendo ricevuto danaro o mobili non possiede oggi altro patrimonio che 4,000 franchi da poter restituire; ovvero distrutta la cosa che egli aveva ricevuto, non si può riprendere che il solo terreno che rappresenta in valore la somma di 4,000; su chi peserà la perdita dei 16,000 franchi?*

Osserviamo da prima, che tal quistione non può farsi nè per un legato (trovandosi allora la cosa nei beni esistenti e in possesso dell' erede) nè anche per una donazione il donatario di cui sia diventato insolvente dopo la morte del defunto (perchè determinandosi in questo punto il patrimonio, gli aumenti o le diminuzioni che può soffrire la parte riservata riguardano il solo erede, come quelle che può ricevere il disponibile riguardano i soli donatari che lo conservano). Ma trattandosi di una donazione, essendo insolvente il donatario innanzi la morte del donatario, su chi sarà gravata la insolventezza? chi risentirà la perdita dei 16,000 franchi nella citata ipotesi?

• Merlin) Rep., alla paróla *Legittima*, sez. 8, § 2) Toullier (V-137) Grenier (n. 632) e

* Troplong, *Don. e Test.*, n. 996 e 997.

Qui viene in acconcio la quistione di sapere come si faccia la riduzione allorchè l'oggetto donato sia perito nelle mani d' uno dei donatari per sua colpa. Esempligrazia: una somma di denaro è stata donata a Pietro secondo donatario, il quale l' ha dissipata ed è divenuto onninamente insolvibile.

Tutti gli autori si accordano in riconoscere, ed infatti è pur fuori dubbio che l'erede, dopo aver escusso Pietro, potrà ricorrere contro il precedente donatario per esigere la sua riserva. La ragione è che l'ultimo donatario non ha potuto col fatto suo portar pregiudizio alla legittima e che il primo donatario, il quale *certat de lucro captando*, non dee punto far ricadere sul legittimario, il quale *certat de damno vitando*. La legittima è mai sempre preferibile alle donazioni.

Ciò ammesso, si domanda: la legittima resterà fissata alla cifra a cui sarebbe pervenuta se l'attivo non fosse stato scemato mercè la perdita dell'oggetto donato; ovvero converrà egli dedurre alla massa dei beni le somme ricevute dal donatario caduto nell'insolvibilità?

Supponiamo che Tizio abbia donato 30.000 fr. a Primo e 30,000 a Secondo, Secondo diviene insolvibile e Tizio muore anch'egli oberato, lasciando un unico figliuolo. Facendo la riunione fittizia alla massa dei 30,000 franchi donati a Primo e dei 30 mila donati a Secondo, si trova una cifra di 60 mila franchi; di cui il figlio avrà la metà, per sua legittima. Senonchè questi 30 mila franchi prenderannosi esclusivamente su Primo, solo solvibile; di guisa che la sua porzione si troverà aggravata pel fatto di Secondo; giacchè se questo ultimo figlio fosse restato *in bonis*, Primo non avrebbe subito alcuna riduzione, ed ecco che egli si troverà spogliato della totalità del suo dono.

Questo risultato è paruto a gravi autori troppo rigoroso. Pothier non lo ammette punto; vuole che si sottraggono dalla massa dei beni i 30,000 fr. perduti, e che per conseguenza la legittima sia ridotta a metà, onde Primo non isperimenti una perdita totale per un avvenimento che non procede dal fatto suo.

Ma si deve mai ammettere una decisione cotanto ripugnante agli interessi del legittimario?

Pothier tratta le cose come se i beni fossero rimasti nella mano del donante, e questi gli avesse dissipati. Certo in simil caso si comprende che i valori consumati e perduti dovrebbero sparire dalla massa attiva. E sì poteva il disponente far del suo bene l'uso che più gli piaceva; poteva lasciarlo deperire, alienarlo, consumarlo; il figlio deve accettare le conseguenze di questa cattiva amministrazione. Ma è al tutto diversa la situazione, quando dissipa il donatario per colpa sua ciò che gli è stato donato, e ciò che si troverebbe nella successione del donante, se questi non fosse stato liberale verso di lui. La colpa del donatario non è mica da paragonare al fatto sovrano del padre di famiglia *qui potest jacture suum*; non potrebbe di fermo ricadere sul legittimario e menomare i suoi dritti. Vero è che si troverà colpito l' altro donatario; ma meglio è che il sia egli piuttosto che il riservatario; che quest'ultimo *certat de damno vitando*, il donatario *certat de lucro captando*.

Zachariae (V, si 156 e 175) insegnano che la perdita debba cadere tutta sul precedente donatario, e che questi il quale non avrebbe sofferto alcuna riduzione essendo solvibile l'ultimo, la dovrà soffrire dei 16,000 che mancano all'erede. Ne danno per motivo che l'erede, stabilita la somma della sua riserva, deve avere il dritto di conseguirla sopra tutti i beni che formano la massa reale o fittizia della eredità. D'altra parte, l'erede contende affine di non perdere; il donatario affine di guadagnare; il primo quindi è degno di maggior favore.

Noi non potremmo ammettere questa decisione che nello antico dritto era stata data da Lebrun, e quello che ci sembra più atto a dimostrarne l'errore è il ravvicinare la contraria sentenza un tempo professata da Lemaistre e da altri scrittori, i quali volevano che l'erede ne risentisse tutta la perdita (1). Si diceva, che una donazione fatta entro i limiti del disponibile, tal quale vien fissato dal patrimonio reale o fittizio trovato alla morte, essendo debitamente valida, ha investito il donatario di un dritto irrevocabile che non gli si può ritogliere per il fatto di un posteriore donatario. Aggiungevasi, distruggendo la idea degli avversari, che l'erede contende a fin di guadagnare (dovendo egli raccogliere a titolo gratuito una cosa che non ha mai avuto) mentre che il donatario contende a fin di non perdere (trattandosi per lui d'impedire che non gli *si tolga* una cosa acquistata). La semplice esposizione delle due dottrine basta a far pienamente conoscere che l'una e l'altra vanno a due estremi similmente erronei, e che il vero deve essere nel punto che li divide: in *medio veritas*. Devesi in fatti notare che le due decisioni contraddittorie sono entrambe vere, incontrastabili, lasciando sussistere il punto da cui si muovono che è sottinteso e non espresso.

603. Mettiamo a monte dapprima l'argomento secondario che si fa da ambe le parti, e che è vero solo *in metà* per ciascuna parte. Gli è evidente che tanto l'erede, che il donatario contendono affin di acquistare, essendo la donazione e la successione cause di acquistare a titolo gratuito; e siccome il dritto che aveva il defunto di disporre come a lui piacesse del suo disponibile, non è meno rispettabile di quello che hanno i legittimari di raccogliere l'altra parte, e viceversa, ne conseguita, che il donatario e l'erede sono in condizioni degne di eguale favore. Rimossa dunque questa considerazione, passiamo a valutare lo argomento principale.

Il donatario dice: « il patrimonio stabilito alla morte è di 100,000 franchi; dunque 50,000 ne sono disponibili; dunque i donatari, i quali posseggono i primi 50 mila donati non sono soggetti a riduzione; ed essendo io di tal numero, ne vado esente. » Dall'altra parte dice l'erede: « il patrimonio è di 100,000 franchi, dunque la riserva è di 50,000; quindi io posso ottenere la riduzione fino a tal somma; e non avendone che 34,000, io posso dunque far ridurre per gli altri 16,000 ».

La conseguenza è molto logica tanto per l'uno che per l'altro. Ma poichè tali conseguenze di incontrastabile dirittura menano a due risultamenti assurdi fra loro, l'errore necessariamente è nel punto da cui si muovono; cioè che la massa totale contata per 100,000 fr. non ammontava realmente a tal somma.

E in vero nella massa calcolata al tempo della morte si devono contare soltanto i valori che essa realmente comprende. Se nel calcolo generale voi fate entrare tutti i valori reali ed *apparenti*, e di poi nel fare il calcolo speciale del dritto di ciascheduno, voi non di meno pretendeste ottenere, ciascuno per la vostra parte, la vostra intera frazione in valori *reali*, egli è palpabile che non potreste mettere in armonia i vostri conti. In verità la è questa una quistione d'aritmetica, non già di dritto.

Se voi volete che possa farsi uno accordo, delle due cose l'una; contando nella massa i valori apparenti, consentite

(1) Lebrun, *Success.* lib. 2, cap. 3, sez. 8, n. 25; Lemaistre, *Consuetudine di Parigi*, p. 450.

dunque a riceverne in pagamento una parte proporzionale; se volete ricevere solamente valori reali, mettete dunque questi soltanto nella massa. — Nella sopra riferita specie, il patrimonio del defunto al tempo della morte (riunendo i beni da lui posseduti e gli altri che erano presso i donatarì) era realmente non di 100,000 franchi, ma di soli 84,000; dunque il disponibile e la riserva erano di 42,000 per uno (invece di 50,000); dunque l'erede, il quale ne ha 34,000, può *far ridurre* di 8,000 e non già di 16,000 *la donazione*. Quindi la insolvibilità graverà in proporzione sul donatario e sull'erede. Ciò è giustissimo. Imperocchè fittiziamente e quanto al calcolo da fare tutti i beni donati rientrano nel patrimonio del defunto, dunque sotto tale rispetto tutti i valori devono riguardarsi come appartenenti ancora a lui e *depositati* presso i donatarî. Or se il defunto avesse depositato o dato in prestito una somma a tale che non potrebbe più restituirla, non è egli manifesto che essa sarebbe perduta pel suo patrimonio? Dunque è uno aperto errore l'idea contraria di Merlin, Grenier e Merlin (1).

604. Senza dire del resto, che se il donatario insolvente fosse più tardi in istato di pagare, l'erede e i donatarî avrebbero il dritto di perseguirlo, ciascuno in proporzione di ciò che la insolventezza di lui ha fatto loro perdere.

924 (841). — Se la donazione fra vivi soggetta a riduzione sia stata fatta a favore di una persona che è in grado di succedere, potrà questa ritenere sui beni donati il valore di quella porzione che le spetterebbe nella qualità di erede sui beni non disponibili, purchè sieno della medesima specie.

SOMMARIO

I. Idea generale dell'articolo.
II. Diverse interpetrazioni date da Delvincourt, Levasseur, Grenier, Duranton, Dalloz e Demante. Censura di questi varî sistemi.
III. Senso dell'articolo e relazione che ha con l'art. 866 (785).

I. — 605. Vi sono pochi articoli nel Codice che han fatto nascere tante diverse interpetrazioni e difficoltà, quante l'articolo 924 (841), massime per ravvicinarsi coll'articolo 866 (785).

Si tratta secondo noi di uno dei coeredi legittimarî che accettano una eredità, donatario per precapienza d'un immobile colpito dalla riduzione; e la legge dichiara che egli potrà anzichè rimetterlo conservare l'immobile in ispecie sino alla concorrenza della sua parte nella riserva, e affin di aversi tal parte, purchè gli altri beni che formano la riserva dei coeredi sieno della stessa specie che la cosa donata ossia beni immobili. — E dapprima, si tratta certamente di un erede che accetta la eredità, perchè gli si permette di ritenere il valore di una porzione ereditaria oltre la disponibile, ed ei se rinunziasse, avrebbe dritto al solo disponibile; essendosi più sopra veduto che la riserva non può mai appartenere a colui che rinunzia. Si tratta poi di donazione fatta per precapienza, supponendola riducibile, e per un erede che accetta, non può trattarsi di ridurre una donazione fatta senza precapienza; perchè dovendosi sempre *conferire* dall'erede (art. 833 (752)) la donazione fatta senza precapienza, non può esser soggetta a *riduzione*. Trattasi infine di una donazione di immobili: potendo solo per essi importare la detrazione in ispecie, o la dispensa di essa.

Così, l'articolo suppone prima come certo, il principio incontrastabile che la

(1) *Conf.*, Pothier (*Donaz.*, sez. 3, art. 5, § 3); Malleville (art. 930 (847)); Levasseur (n. 113); Delvincourt (*t. II*); Vazeille (art. 922 (839) n. 18); Duranton (VIII-339); Coin-Delisle (art. 923 (840), n. 11); Saintespés (II-517).

riserva essendo la parte della successione che il defunto non ha potuto togliere ai suoi eredi, questi debbono dunque ottenerla in ispecie, in corpi ereditari, e non solo in valori ecquivalenti, e per conseguenza la riduzione deve far ritornare i beni in ispecie; se non che l'articolo riconoscendo questo principio che lascia sottinteso, vi fa eccezione per il caso speciale di cui trattiamo. Di fatti a che giova spossessare il donatario dei beni che ei tiene da più o men tempo, quando la divisione deve attribuirgli simiglianti beni, e forse i medesimi?

Ma gli scrittori sono discordi intorno alla interpetrazione dell' articolo in se stessa, e al ravvicinamento di esso con l'art. 866 (785).

II. — **606.** Maleville Delvincourt e Taulier (III, p. 334) pretendono che qui si tratti di uno erede, *che rinunzia*, donatario con precapienza o senza, il quale potrebbe, avendo la eredità beni della stessa specie di quelli da lui posseduti, conservare i beni donati fino alla concorrenza del disponibile e della sua parte di riserva. Allegano per ragione che l' articolo parla non *d' uno erede*, ma di un SUCCESSIBILE, il quale potrà ritenere sulla cosa donata il valore della parte *che gli* APPARTERREBBE come erede, cioè, secondo essi, che gli apparterrebbe *se si conducesse da erede*.

Ma precedentemente è stato dimostrato che colui che rinunzia non ha alcun dritto alla riserva, e conseguentemente non può esser quello il senso dell' articolo. Dall' adoperare che fa il testo la parola *successibile* e il condizionale *apparterrebbe*, non è lecito inferirne quel che si vorrebbe. Imperocchè il donatario che dopo la morte accetta la successione, e si comporta da erede non era per anco erede ma semplice successibile al tempo della donazione; questa era *stata fatta ad un successibile*. Così li chiamano pur *successibili* gli articoli 849 e 866 (768 e 785) i quali suppongono donatari che accettano la successione. — Per quanto riguarda il condizionale *apparterrebbe*, si comprende che i compilatori abbiano voluto dire « la porzione che gli *apparterrebbe* col suo titolo di erede e che ei PRENDEREBBE nella divisione se fosse costretto a rimettere le cose in ispecie ». Di più nella relazione al Tribunato fu detto che lo articolo permette all' erede « di ritenere il valore della porzione che gli tocca nei beni non disponibili » Fenet, XII, p. 592). Ma non ciò solo; è tanto vero che il condizionale equivale necessariamente e certo ad un presente, che se si fosse preso come riferentesi alla condizione, *se il donatario fosse erede*, sarebbe anche inesatto, ed imbarazzerebbe tanto nel sistema contrario, quanto nel nostro. In tutti i possibili sistemi di fatti la porzione di riserva appartiene al presente, e realmente al donatario; perchè se non gli appartenesse, la legge certo non gli permetterebbe nè di ritenerla sull' immobile donato, nè di prenderla nella divisione. Se queste parole *la porzione di riserva che gli apparterrebbe come erede* significassero la porzione che gli apparterrebbe se fosse erede (e che non gli appartiene se tale non sia) sarebbero inammessibili nel contrario sistema, perchè vi si pretende che la riserva appartenga al successibile tanto se rinunzia, che se si comporta da erede.

607. Levasseur (n. 162) tuttocchè interpetri l'articolo come noi, opina che il caso da esso preveduto è quello appunto dello art. 866 (785). Ricordiamo che quest' ultimo articolo tratta come il nostro della riduzione a farsi dal donatario con precapienza di uno immobile, e prevedendo anche la quistione del rimettere *in* ispecie, la decide distinguendo se l'immobile possa o pur nò dividersi facilmente. Nel primo caso esso vuole che avvenga la detrazione in ispecie, nell' altro applicando la regola *major pars trahit ad se minorem*, vuol che l' immobile resti per intero al donatario o per intero ritorni alla eredità secondo che la porzione a ritenersi come disponibile sia maggiore o minore della metà dell'immobile (salvo il ristoro da una parte e dall'altra). Ora, secondo Levasseur, il presente articolo regolerebbe il caso preveduto da

questa regola; e siccome le due regole gli sembrano assolutamente inconciliabili (e lo sarebbero se prevedessero lo identico caso) egli dichiara che sarebbe necessaria una nuova disposizione del legislatore per uscire d' imbarazzo. — Non confutiamo questo sistema che non interpetra e si allontana da qualunque altro, bastandoci di dimostrare più innanzi che i due articoli 866 e 924 (785 e 841) si applicano a due diverse ipotesi.

608. Grenier (n. 627 *in fine)* insegna che *il nostro* articolo sia scritto per il caso *in cui* l'immobile donato possa facilmente dividersi, di modo che l'art. 866 (785) si applicherebbe solo nel caso in cui uno immobile sia difficile a dividersi. Merlin *(Rep.*, alla parola *Riserva*, sez. 3) Toullier (V-154 155) e Coin-Delisle (n. 2) adottano tale sentenza. — Se non che il nostro articolo non distingue affatto se la divisione sia agevole o malagevole; richiedendo per sola *condizione* che i beni i quali formano la *riserva* degli altri eredi, sieno della stessa specie. D' altra parte, l'art. 866 (785) ha previsto la divisione agevole e malagevole, essendo scritta per l' una la sua prima parte, e per l' altra la seconda.

609. Duranton (VII-402) tronca la difficoltà armonizzando fra loro ed applicando ad un tempo i due articoli. Così (essendo della stessa specie i vari beni) potendo farsi agevolmente la divisione dell' immobile donato, la detrazione si farà in ispecie (conforme il paragrafo 1° dell' articolo 866 (785)), ma solo per lo eccedente del totale del disponibile, a cui l' erede ha dritto, e della sua parte di riserva (giusta il nostro articolo).

Se la divisione non può farsi agevolmente, si assegnerà sempre (conforme il paragrafo 2° dell' art. 866 (785)) lo immobile intero o all' erede o alla eredità giusta la regola *major pars*, ecc. Ma l'erede potrà contare nella sua parte (secondo il nostro articolo) e il disponibile a cui può aver diritto, e il valore della sua porzione riservata. — Se nulla vieta che si *combinino* i due articoli, la legge diventerebbe chiara e facile nella sua applicazione; l' art. 866 (785) serberebbe il suo senso assoluto, non ricevendo alcuna modificazione o restrizione dal nostro articolo 824 (841). Così posto che i beni rimasti nella successione fossero della stessa specie dello immobile da ridursi, l'art. 866 (785) si applicherebbe come se fossero di specie diversa: nell' uno e nell' altro caso si distinguerebbe sempre la divisione comoda od incomoda, o per dividere l'immobile, o per assegnarlo intero a quello o quella che ne avesse la maggior parte. Se non che (sarebbe questa l' unica modificazione apportata dal nostro articolo) quando i beni rimasti nella eredità fossero della stessa specie di quello donato per precapienza, si conterebbe nella parte dello erede donatario per precapienza o per valutare la sua frazione in ispecie (essendo agevole divisione) o per sapere a chi lo intiero immobile debba spettare (essendo incomoda la divisione) si conterebbe diciamo nella parte di tale erede non solo ciò che gli appartiene di disponibile (siccome vuole l' art. 866 (785)) ma anche il valore della sua porzione riservata. Il sistema sarebbe più che mai semplice. Ma i testi della legge, e massime la storia della loro compilazione si oppongono invincibilmente ad ammetterlo. — E dapprima nè l' art. 866 (785) nè lo art. 824 (743) nè verun altro del Codice permettano all'erede, essendo incomoda la divisione, di conservare l'intero immobile non avendo dritto a più della metà, che cumulando il disponibile e la sua riserva. Il nostro articolo gli permette di ritenere sopra l' immobile il valore della sua riserva, ma non già di calcolare tal valore per prendersi l' immobile intero con la regola *major pars*, ecc. Viceversa, l'articolo 866 (785) gli consente di conservare così l' intero immobile secondo quella regola, avendo dritto a più della metà, ma solo quando nel suo disponibile si trova il dritto a più di metà. E difatti si comprende pienamente che il nostro articolo consente al donatario di ritenere la sua riserva essendo gli altri beni della medesima specie, perchè allora gli altri eredi troveranno nella eredità

simiglianti porzioni. Si comprende parimente che l' art. 866 (785) gli consente di conservare l' intero immobile quando nè ha più di metà pel disponibile (perchè allora la sua riserva resta in cambio ai suoi coeredi. Ma lasciargli l' immobile intero quando egli giungerebbe ad averne più di metà col suo disponibile e la riserva insieme riuniti, cioè: esercitati tutti i suoi dritti nel patrimonio, sarebbe lo stesso che privare i coeredi di una parte dell' immobile che loro appartiene, non lasciando ad essi che un semplice credito personale contro il coerede donatario; sasarebbe cosa troppo grave, nè può far meraviglia che il Codice sia andato fin là.— Ma tal sistema dev' essere rigettato anchè per un' altra ragione.

Secondo esso il nostro arlicolo 924 (841) che prevede la stesso caso dell' art. 866 (785) mirerebbe unicamente a spiegare in che modo debba applicarsi questo articolo quando i beni a dividersi nella successione sono della stessa natura che la cosa donata per precapienza, cotalchè l' articolo sarebbesi dettato per il caso che vi fossero beni di uguale natura. Or è certo che la cosa non sia così; perocchè l' articolo è stato scritto nel progetto e adottato dal consiglio di Stato *senza punto trattarsi della natura dei beni;* dopo fatta la cosa e sopra le osservazioni del Tribunato furono aggiunte le parole *se sono della stessa natura* « affinchè, fu detto, uno degli eredi non abbia tutti gl' immobili avendo gli altri solamente mobili, o una somma di denaro » (Fenet, XII, p. 448). Dunque la circostanza dei beni di uguale natura divenuta la condizione dell'applicazione dell'articolo non è il caso considerato da esso.

610. Dalloz (alla parola *Disposizioni*, capitolo 3, sez. 3, cap. 3, art. 2, n. 56) scorgendo una ben reale antinomia fra gli articoli 866 e 924 (785 e 841) tenta combinarli adottando in parte il sistema di Duranton; se non che egli fa tale applicazione simultanea degli articoli quando la divisione è incomoda, ma senza distinguere la natura dei varî beni di cui formalmente dichiara non è da tenersi ragione.—A prescindere che tal sistema è del tutto arbitrario e non ha base nella legge, come abbiamo veduto, presenta d'altra parte una manifesta violazione del nostro articolo cancellando le parole *se sono di uguale natura,* che vi sono state a bella posta collocate.

Altri finalmente riconoscono che il nostro articolo 924 (841) non potrebbe combinarsi con l' articolo 866 (785) al quale secondo essi fa eccezione; ognuna delle due regole deve applicarsi ad un caso diverso; e la differenza fra i due casi viene costituita dall' essere o non essere *i beni* rimasti nella eredità di ugual natura della cosa donata per precapienza. Quindi essendo i beni della medesima natura si applicherà il nostro articolo 924 (841), il quale deroga per tal caso l' articolo 866 (785); essendo di diversa natura sarà applicato l' art. 866 (785); questo sembra l' avviso di Demante (II-288) e di Vazeille (n. 1).—Ma quest'ultimo sistema non può ammettersi essendo riconosciuto che *il* nostro articolo era stato prima dettato senza alcuna condizione di medesimezza di natura fra la cosa donata e le altre.

Qual è dunque il caso speciale in cui si applica l' articolo?

III.—611. Il nostro articolo 924 (841) non offre alcuna contraddizione nè derogazione all' art. 866 (785); prevedendo un caso affatto diverso, a cui l' ultimo articolo non potrebbe applicarsi, posto, anche che il primo non esistesse.

L' articolo 866 (785) non può applicarsi che nel caso in cui l' immobile donato con precapienza ad un erede sia soggetto in parte alla riduzione; non potendo essere invocato da un donatario con precapienza, a cui la riduzione toglierà tutto l' immobile. Supponiamo che il padre di tre figli possedendo un patrimonio di più di 250 mila fr. abbia fatto ad estranei alcune donazioni che ammontino insieme a 40,000 fr.; che poi faccia al primogenito dei suoi figli donazione con precapienza di uno immobile pur del valore di 40,000 fr., e muoja dopo alquante perdite che assottiglino ad 80 mila fr. il valore dei beni lasciati alla morte.

La massa dei beni esistenti alla morte (80,000 franchi) e di quelli donati (anche 80,000) essendo di 160,000, il padre non ha potuto dunque disporre validamente che di 40,000; la qual somma esaurita dalle donazioni fatte prima agli estranei, sarà nulla per lo intero la precapienza attribuita al figlio. Ora l'articolo 866 (785) non gli permetterebbe di ritenere l'immobile. Esso difatti non consente che si conservi, essendo agevole la divisione, che il *disponibile;* essendo quella disagevole quando la metà dell' immobile sia meno del *disponibile;* ma quì non v' è più disponibile. Così il figlio sarebbe necessariamente spossessato quand' anche li 80 mila che restano fossero immobili simili al suo. E notiamo ch' egli sarebbe in condizione peggiore del semplice donatario per anticipata successione, al quale l'articolo 859 (778) consente di non conferire in natura l' immobile ricevuto, essendovi nella eredità altri immobili onde si possono formare porzioni uguali per i suoi coeredi. Non doveva essere così, ed era ben naturale che si abilitasse il donatario a conservare la sua precapienza in pagamento della sua parte di riserva. Ciò fu il nostro articolo; se non che tal facoltà accordata prima assolutamente per tutte le ipotesi è stata ristretta sopra l' osservazione del Tribunato al caso in cui i beni rimasti nella eredità fossero della uguale specie che la cosa donata.

« Questa restrizione era necessaria, dice il Tribunato, per mettere in armonia questo articolo con gli articoli 844 e 859 (763 e 778) secondo i quali è richiesta la collazione in ispecie, affinchè uno degli eredi non abbia tutti gl' immobili, mentre che gli altri avrebbero soltanto mobili o una somma di denaro » *(loc. cit.)*.

Così quando la riduzione dee togliere al donatario con precapienza una sola parte dell' immobile, è il caso dello articolo 866 (785) e il nostro si applica; se al contrario la riduzione deve togliere tutto l'immobile al donatario, è il caso dell'articolo nostro, e non può più applicarsi l' articolo 866 (785).*

925 (842). — Quando il valore delle donazioni fra vivi eccederà o eguaglierà la quota disponibile, tutte le altre disposizioni testamentarie saranno caduche.

612. Questo articolo è conseguenza tanto semplice dell' art. 923 (840) che potevasi

* Troplong, *Don. e Test.*, n. 1006 e 1007.

Abbiamo esposto il senso dell'articolo 924 (841) quale risulta dalla lettera e dalla mente del testo, non che dalla sua correlazione cogli articoli 844 e 859 (763 e 778); e non ci ha cosa più semplice, più chiara e più logica.

Pure non si può immaginare a quante interpretazioni forzate ha dato origine una sì naturale disposizione; parrebbe quasi che questo art. 924 (841) fosse un di quei testi celebri di cui trovansi esempî nel dritto romano, e che sono stati la croce degl'interpetri.

Così, esempligrazia, leggiamo in più d'un libro che l' art. 924 (841) ha inteso fare un' eccezione al principio in virtù di cui la riduzione si opera sempre in natura. Ma chi non vede l' errore di cotesta idea? L'art. 924 (841) intende all' apposto che la riduzione si opererà in natura; nulla muta a questa regola; soltanto, prevedendo un caso ben diverso, vuole che la collazione possa non farsi in natura nell'ipotesi che esso prevede; onde non fa mica eccezione alla regola della riduzione in natura, ma unicamente alla regola della collazione *in natura*.

Altri han pensato che l' articolo 924 (841) contenesse il caso d'un erede rinunziante. Or la cosa sta proprio al rovescio; l' articolo è precisamente fatto pel caso d'un erede accettante, donatario per precapienza. Chi ne abbia vaghezza, può vedere altri sforzi d'interpretazione in Duranton, Dalloz, ec. sia per fissare il vero senso dell'art. 924 (841) sia per coordinarlo coll' art. 866 (785). In quanto a noi, crediamo inutile arrestarci più a lungo su concetti troppo chiaramente confutati dalla evidenza. L'art. 924 (841) ha un significato preciso; non si occupa d' un' eccezione alla legge della riduzione in natura; prevede una difficoltà relativa alla collazione in natura; non volge punto la sua attenzione ad una riduzione della disponibile, sibbene alla ritenzione della legittima.

In quanto all' art. 866 (785), ciò che esso prevede è la riduzione da operarsi sulla donazione della disponibile ed applicando ad un immobile difficile a dividere la regola *major pars trahit ad se minorem*, vuole che il donatario restituisca o serbi la totalità dell'immobile secondo che la porzione da ridurre ecceda ciò che dovrebbe conservarsene o resti al di qua. Tal è la verità; tutto il resto è di quelle immaginazioni che potrebbonsi appellare *aegri somnia*.

fare a meno di esso nel Codice. Dovendo la riduzione delle disposizioni farsi per ordine di date, e quindi tutti i legati ridursi innanzi le donazioni fra vivi, gli è manifesto che se le donazioni fra vivi assorbono tutto il disponibile, non potrà avere effetto alcun legato.

926 (843). — Quando le disposizioni testamentarie eccederanno o la quota disponibile, o la porzione di questa quota, che resterebbe dopo aver dedotto il valore delle donazioni fra vivi, la riduzione si farà *pro rata* senza alcuna distinzione fra i legati universali, ed i legati particolari.

SOMMARIO

I. Quando il valore generale dei legati eccede il disponibile che può impiegarsi a soddisfarli, tutti indistintamente si riducono in proporzione.
II. In che modo si effettua la riduzione. Errore di Poujol.
III. Le regole di riduzione sono le stesse pei legati universali e pei particolari; conciliazione di questo articolo con l'articolo 1009 (935).

I. — 613. Tutto insieme il presente articolo si riduce a ciò, che quando debbonsi ridurre parzialmente i legati, saranno tutti ridotti ad un tempo ed in proporzione. E dapprima, perchè si riducano i legati in parte bisogna evidentemente: 1° che vi sia più o meno disponibile da applicarsi ad essi (cioè che non vi sia donazione fra vivi o che il valore delle donazioni fatte non assorbisca il disponibile); 2° che l' ammontare dei legati ecceda il disponibile.

Essendo necessaria la riduzione parziale dei legati si farà in proporzione, cioè per tutti ad un' ora, e per ciascuno in proporzione del suo valore, il che è sempre conseguenza del principio che le disposizioni debbano ridursi per ordine di date; le disposizioni testamentarie in qualsiasi tempo fatte, avendo sempre e di necessità la stessa data (quella della morte), debbono dunque ridursi tutte ad un tempo.

II. — 614. Per effettuare la riduzione si paragonerà il valore che manca all' erede per la sua riserva, al valore generale dei beni legati, onde conoscere di qual porzione quest'ultimo debba ridursi; conosciuta la frazione si conoscerà il valore speciale di ciascun legato (cioè la somma che il legato darebbe al legatario se non si riducesse); e il valore particolare sarà ridotto della frazione che risulta.

Quindi il padre di due figli che non ha fatta alcuna donazione fra vivi, muore lasciando un testamento con cui lega a Pietro l'universalità dei suoi beni, a Paolo la sua casa di Sceaus, e a Giovanni 30,000 franchi. Tutti i beni sono stimati 120,000 franchi; di conseguenza la riserva (che è di due terzi) ammonta allora ad 80,000 fr., la qual somma dee prendersi per intero sui beni legati, essendo tutti legati. D'altra parte si conosce altresì il totale valore dei beni legati, quello appunto dello intero patrimonio, ossia 120,000 franchi; or essendo 80 due terzi di 120, dunque di tal frazione deve ridursi il totale valore. Si deve dunque stabilire la somma che ciascun legato vale singolarmente, e ridurla di due terzi: 1° il legato di 30,000 franchi sarà ridotto a 10,000 franchi; 2° il legato della casa, supposto che valga 15,000 a 5 mila franchi; 3° il legato universale di Pietro se non vi fosse stata riduzione sarebbe valso 120,000 meno i 15,000 che gli vengono tolti dai due legati di Paolo, e di Giovanni, il che importa che varrebbe 75,000; esso sarà dunque ridotto di 25, mila.

In questa specie la frazione per cui ciascun legato doveva ridursi. era appunto la frazione del patrimonio che componeva la riserva, perchè i legati comprendendo tutto prendevano per intero la riserva.

Ma si comprende che non sarebbe dell' ugual modo se i legati toccassero una porzione della riserva; nè si può credere che uno scrittore abbia potuto dire (Poujol, n. 7) che una parte proporzionale alla riserva dovrà prendersi da ciascun legato *in tutti i casi di riduzione*. La frazione a prendersi da ciascun legato assolutamente in tutti i casi è (come abbiam detto) quella che deve prendersi da tutti insieme i beni legati; e tal frazione, se alle volte è quella della intera riserva (quando il defunto ha legato tutti i suoi beni) di certo non lo sarà sempre. Supponiamo che il padre di tre figli, proprietario di 200,000 franchi, abbia fatto a Pietro un legato a titolo universale della metà dei suoi beni, a Paolo quello del suo podere di Picardia, e a Giovanni quello della somma di 20,000; in qual modo sarà regolato tal caso? Calcoliamo prima il totale valore dei beni legati; si è legata a Pietro la metà del patrimonio ossia 100.000 franchi; a *Paolo* il podere di Picardia valutato 80 *mila*, ma di cui il legatario a titolo universale deve pagare la sua parte proporzionale cioè metà, ossia 40,000 franchi (art. 1013 (967)), cotalchè gli eredi ne pagheranno altra metà ossia 40,000; a Giovanni in fine 20,000 franchi di cui il legatario a titolo universale dovrebbe pagarne metà ossia 10,000 franchi, come peso del suo legato, e gli eredi gli altri 10,000.

Il totale valore dei legati adunque è di 100.000 franchi, più 40,000, più 10,000 cioè di 150,000 franchi; non ne avanzano agli eredi che 50,000. Avendo gli eredi 50,000 quando a loro ne abbisognano 150 mila per riserva, essi quindi hanno a riconquistare 100,000. Ma essendo il valore generale dei beni dei legati 150,000, e la somma che manca per la riserva degli eredi 100,000 franchi, ossia due terzi della prima; dunque il valore particolare di ciascun legato dovrà ridursi di due terzi: 1° il legato di 28,000 si ridurrà a 6666 franchi; 2° il legato del podere che vale 80,000 a 26,664; 3° in fine il legato a titolo universale di metà che sarebbe valso 100,000 franchi meno 50,000 (che formano la metà dei due legati particolari) cioè 50,000, si ridurrà a 16,666 franchi.

615. Avvertiamo che quando bisogna stabilire il valore generale dei legati e poi quello speciale di ciascuno di essi, non dobbiamo attenerci al valore loro assegnato nel testamento, ma bensì a quello reale, cioè, come noi abbiamo di sopra dimostrato, alla somma che ciascuno di essi avrebbe procacciato al legatario se non vi fosse stata riduzione. Facciamo tale avvertenza per il caso in cui il testatore avesse fatto qualche disposizione che superi il valore effettivo del suo patrimonio.

Per modo di esempio, il padre di un figlio unico, proprietario di 99,000 fr., abbia dichiarato di legare 80.000 a Pietro e 40, mila a Paolo che ammontano a 120,000: è manifesto che non si dovranno prendere come elemento di calcolo le cifre di 120 mila, 80,000 e 40,000. Prendendo per base questi valori che esistono solo nella carta dal testamento, si giungerebbe a risultamenti analoghi a quelli da noi osservati sotto l'articolo 922 (839) quando si farebbe il calcolo del disponibile della riserva, non tenuta ragione delle perdite sopravvenute nel patrimonio per la insolventezza di un donatario, cioè si lederebbe o l' erede o i legatarì secondo che la prededuzione dei valori reali si farebbe in vantaggio di questi o di quello. Così il figlio, facendo il calcolo, direbbe, che tutto il patrimonio essendo assorbito dai legati, egli ha dritto per la sua riserva alla metà di essi; essendo quindi i legati di 120,000, ne conserverà 60,000 dando il rimanente ai donatarî; di tal maniera quest' ultimi avrebbero 30,000 franchi. Da parte loro i legatarî direbbero, che dovendo i loro legati avere effetto per metà, essendo l'altra metà della somma disponibile, eglino debbono ricevere 60,000 dall' erede, il quale potrà conservare il rimanente; in tal caso l' erede sarebbe ridotto a 30,000 franchi di riserva. — Egli è evidente che ciò non può ammettersi. Fa uopo contare il valore reale. Essendo esso di 90,000 in vece di 120,000 cioè di tre quarti soltanto dell' ultima somma,

bisognerà prima scemare d' un quarto il valore scritto di ciascun legato, affin di avere il *valore che conferirebbe al legatario se non vi fosse stata riduzione;* il primo legato sarà dunque di 60,000 (in vece di 80,000) e l' altro di 30,000 (in vece di 40,000). Stabilita che sia la vera somma dei due legati, l'erede farà la riduzione di metà a fin di avere la sua riserva: il primo legato dunque sarà ridotto a 20,000 e il secondo a 15,000, di modochè il figlio avrà per legittima 45,000 ed altri 45,000 di disponibile i due legatari.

III. — 616. Negli esempi sopra riferiti abbiamo fatto figurare a bello studio i legati universali o a titolo universale per far comprendere che essi si riducono al pari dei legati particolari, e che tanto per gli uni che per gli altri si deve stabilire il valore reale del legato, ossia la somma che avrebbe prodotto al legatario se non si fosse fatta la riduzione. Questa difatti è la conseguenza del presente articolo, il quale dichiara che la riduzione si farà *pro rata senza alcuna distinzione fra i legati universali ed i legati particolari.*

Era utile che la legge si spiegasse sul proposito, perchè nel suo silenzio sarebbe stato ben naturale seguire un sistema diverso, e meno favorevole al legatario universale (o a titolo universale). Si sarebbe detto che ogni acquirente di una universalità di beni o di una quota parte è tenuto a soddisfare *pro rata* i carichi gravitanti sopra essi beni (essendo lo intero patrimonio di una persona tutto il suo attivo scemato di tutto il passivo; e la metà, il terzo, ecc. di esso patrimonio, la metà o il terzo dell' attivo scemato della metà o del terzo del passivo); quindi il legatario universale non può mai avere altro che quel che rimane soddisfatti i pesi; di conseguenza la riduzione deve prima colpire lui solo fino ad esaurire quel che potrebbe tornare in suo vantaggio, e dopo ove quello non fosse bastevole, i legati particolari. Questa era in vero la regola delle nostre antiche consuetudini.

In opposizione a tal regola i paesi di dritto scritto ne seguivano altra molto favorevole al legatario universale. Siccome costui nei principî del dritto scritto non era un semplice *legatario*, ma un *erede* testamentario, egli aveva il dritto non solo di far ridurre i legati propriamente detti (cioè quelli particolari) come potevano farlo i figli del defunto a fin di ottenere la loro legittima, ma anche di ridurli egli stesso, e per proprio conto (quando pure non esistessero legittimari) se i legati particolari non gli lasciassero il quarto del patrimonio; essendogli accordata *la quarta falcidia* sopra ciascuno di essi.

Fra queste due regole estreme, il Codice prese un savio partito decidendo che se il legatario non avesse più falcidia nè potesse più far ridurre per proprio conto, non sarebbe almeno tenuto a soffrir la riduzione prima degli altri; i legati universali saran trattati e considerati come legati particolari della somma che avrebbero procurato se non vi fosse stata riduzione; ed in tal modo tutt'i legati, avendo fittiziamente la medesima natura, saranno tutti ridotti *pro rata* del valore di ognuno. — Indubitatamente, potrà anche avvenire che il legatario universale non consegua nulla, quando pure la riduzione lasci qualche cosa al legatario particolare. Ma questo avverrà non per l'effetto della riduzione, e solo per il legatario universale che non avrebbe per anco avuto nulla non essendovi stata riduzione; cioè quando i legati particolari eccederanno o pareggeranno il valore totale dei beni. Quindi se il proprietario di un patrimonio di 100 mila franchi, padre di tre o quattro figli, ha legato a Pietro il suo podere che vale 80,000, a Paolo il suo mobile che ne vale 8,000, e a Giovanni i 12,000 franchi che costituiscono il restante suo patrimonio, istituendo d' altra parte Giacomo suo legatario universale, Pietro avrà certamente 20,000 franchi (il quarto della casa), Paolo 2,000 franchi (il quarto del mobile), Giovanni 3,000, e Giacomo legatario universale nulla; ma Giacomo non avrebbe avuto parimente nulla quando non vi fossero stati figli, e i legati avrebbero potuto per intero eseguirsi.

Deve dunque prendersi come vera assolutamente e per tutt' i casi la regola di sopra detto, che bisogna stabilire il valore reale che ciascun legato avrebbe avuto se non vi fosse stata riduzione (valore che è qui zero per il legato universale) e ridurlo di una frazione eguale a quella che la somma di cui manca la riserva presenta, rispetto al valore reale di tutti i beni legati.

617. Del resto, questa regola dettata dal nostro articolo in ordine ai legati universali, incontra qualche difficoltà volendosi combinare con gli articoli 1003 e 1009 (929 e 935).

Difatti risulta dal nostro articolo che quando un legatario universale sarà soggetto ad una qualunque riduzione, i legatari particolari la soffriranno *pro rata;* or l' articolo 1009 (935) dichiara che il legatario universale concorrendo con un erede legittimario sarà obbligato in principio di soddisfare per intero i varî legati, non facendosi eccezione a tal principio *che nel caso di riduzione;* dunque per non esservi contraddizione fra i due articoli, farà mestieri che il legatario universale concorrendo con un legittimario non fosse *in tutti i casi* soggetto alla riduzione. Intanto l' articolo 1003 (929) ci dice, che il legatario universale è quello a cui il testatore ha legato tutt' i suoi beni; or se egli è chiamato a tutt' i beni, la sua disposizione sarà dunque capace di essere ridotta *sempre ed assolutamente*, e l'articolo 1009 (935) diventa inapplicabile. In altri termini, il legatario universale è quello a cui il defunto ha legato tutti i suoi beni (art. 1003 (929)); dunque egli, essendovi eredi legittimarî, sarà soggetto *sempre* alla riduzione; ma il legatario universale che soffre una riduzione, può soggettarvi anche i legati che deve soddisfare (articolo 926 (843)); come dunque può dire l'art. 1009 (935) che il legatario (concorrendo con legittimarî ed essendo *necessariamente* soggetto alla riduzione) sarà tenuto di soddisfare tutti i legati, *salvo solamente il caso* di riduzione?

Si potrebbe dapprima rispondere che l' art. 1009 (935) presenta una lieve inesattezza nella compilazione, e che le parole *salvo il caso di riduzione* sono state poste per manco di attenzione , invece di queste altre *salva la riduzione.* Potrebbesi dire ancora, conservando pure come poste a bello studio le parole dello articolo, che il legato universale (qual esso è definito dall' art. 1003 (929) e che sarebbe sempre capace di riduzione in faccia ad eredi legittimarî) potrebbe in fatto non sempre esservi soggetto (potendo il legittimario non esercitare il suo diritto), e che il legatario universale non potrebbe ridurre gli altri legati quando il legittimario non domandasse la riduzione. Ma noi crediamo che la spiegazione più esatta della contraddizione che l'art. 1003 (929) fa sorgere fra gli altri due articoli, deve trovarsi nella definizione troppo ristretta del legato universale data dall' articolo 1030 (929).

Difatti il legato universale non è solo quello con cui il testatore assegna *tutti i beni* che lascerà , ma altresì quello con cui dà *tutto il disponibile* che lascerà. Questo è certo ; perchè da una parte la chiamata a tutto il disponibile implica la chiamata eventuale a tutti i beni, potendo questi diventar tutti disponibili per la premorienza , la rinunzia o la indegnità dei legittimarî; d'altra parte quello a cui espressamente si sono legati tutti i beni, non potrà altro avere che il disponibile. Altronde il legato del disponibile è di necessità universale o a titolo universale ; non potendo essere un legato particolare; or lo art. 1010 (964) dichiara a titolo universale il legato di *una quota parte* del disponibile. Ciò fermato , vediamo la differenza che vi sarà in ordine alla riduzione fra il legato (universale) di tutti i beni, e quello (parimente universale) di tutto il disponibile. Quando ho detto «*vi lego tutti i miei beni*» essendovi tolta la metà di essi beni per la presenza del figlio che lascio ; voi quindi siete soggetto alla riduzione di metà; e di conseguenza potete ridurre anche di metà i legati particolari , che siete tenuto soddisfare. Ma quando

solamente ho detto « vi lego *tutto il mio disponibile* » la presenza del figlio che prende la metà de' beni non scema ciò che vi ho legato, lasciandovi tutto il disponibile; dunque voi non soffrite riduzione, nè potete quindi farne soffrire ai legati particolari (vedi Duranton, VIII-364; IX-183, 205). — Or se il legatario universale non può non soffrire la riduzione (non ostante la concorrenza di un erede legittimario) quando è stato a lui legato il disponibile, non è dunque a meravigliare che l'articolo 1009 (935) ci dica che il legatario universale, concorrendo con un legittimario, non sarà dispensato di soddisfare tutti i legati che nel caso di riduzione.

È molto più naturale che il testatore, il quale lascia eredi legittimari si servisse più spesso delle parole *tutto il mio disponibile* (o di termini equivalenti) che delle altre espressioni *tutti i miei beni*, di modo che il caso di riduzione sarà il più raro (1).

927 (844). — Nondimeno, in tutti i casi in cui il testatore avrà dichiarato espressamente essere sua intenzione che un legato sia soddisfatto in preferenza agli altri, questa preferenza avrà luogo; ed il legato che ne sarà l'oggetto, non verrà ridotto, se non in quanto il valore degli altri legati non fosse sufficiente a compire la riserva legale.

618. Essendo il testatore padrone, secondo abbiam fatto osservare, di disporre come a lui piace del suo disponibile, egli è manifesto che la riduzione ad un tempo di tutti i legati in proporzione non debba farsi quando abbia espresso una volontà contraria, e i legati che egli vuole si eseguano con preferenza, dovranno imputarsi sul disponibile prima degli altri. Del resto, la legge non ha voluto abbandonare gli effetti di tal regola alle induzioni necessariamente arbitrarie, che si potrebbero fare di questa o quella circostanza, e perciò il nostro articolo ha detto che la volontà del testatore sarà riconosciuta quando fosse *espressamente dichiarata*.

Fa meraviglia in faccia a questa tanto formale prescrizione del nostro articolo, che alcuni autori abbian potuto negare che bisognasse una espressa dichiarazione. Ove si fermeranno essi entrati così in questa via di arbitrio? Toullier (V-160) pretende che si debba con preferenza soddisfare il legato fatto per forma di restituzione; Vazeille vuole che si faccia similmente pei legati qualificati remuneratori (n. 1); altri chiederanno altrettanto pei legati di corpi certi; altri dalle parole affettuose usate dal testatore vorranno riconoscere una manifestazione di preferenza; altri invocheranno questa, o quell'altra circostanza. Ma la legge non vuole forse una espressa dichiarazione di volontà per rimuovere questo sistema di indefinita interpetrazione? Che che ne sia, la legge è positiva volendo che la riduzione di tutti i legati si faccia in proporzione nè permettendo eccezione a tal principio se non per una contraria volontà espressamente dichiarata dal testatore. Si riman dunque entro la regola quando manca la espressa dichiarazione (2).*

(1) Saintespés adotta pienamente tale spiegazione. « Essa ha perfettamente messo in chiaro la difficoltà, egli dice, ed offre il solo mezzo onde dileguare la oscurità della legge (II-535 536.

(2) Levasseur (n. 104), Duranton (VIII-365); Dalloz (n. 51); Coin-Delisle (n. 11); Saintespés (II 544).

* Troplong *donazioni* e *testamenti* num. 1017. Ma è egli necessario che la preferenza onde parla il nostro articolo sia espressamente dichiarata dal testatore? Io non lo credo in un modo assoluto; attesochè, sebbene non debbano ammettersi di leggieri le preferenze tacite, pure, quando la volontà del testatore la indica in modo da non lasciar dubbio, ragion vuole che si accettino. Il nostro dritto non caldeggia punto i termini sacramentali, e ciò che è nei fatti ha la stessa forza di ciò che è nelle parole.

Per esempio, il legato fatto in forma di restituzione dev' essere pagato a preferenza degli altri; chè, se il testatore realmente doveva, il legato non sarebbe un dono, se non doveva, dando al suo legato il colore d' una restituzione, ha abbastanza dichiarato la sua volontà di farlo pagare in preferenza.

Se poi il testatore avesse espresso la sua preferenza per più legati i quali eccedessero il disponibile, si rientrerebbe per essi nella regola del precedente articolo; e dichiarati inutili tutti gli altri quelli si ridurrebbero in proporzione fra loro.

928 (845). — Il donatario restituirà i frutti di ciò che eccederà la porzione disponibile, dal giorno della morte del donante, quando sia stata domandata la riduzione fra l' anno; altrimenti, dal giorno della domanda.

619. I donatari fra vivi dei beni che eccedano la porzione disponibile, sono stati sempre in ordine al defunto veri proprietari di essi beni; se non che la loro proprietà è rivocata in ordine all'erede legittimario, e quando sorge il dritto di costui alla successione riservata. Or l'erede per cui solo avviene la rivocazione, diventando proprietario al momento della morte, non può dunque aver diritto ai frutti anteriori a quel tempo, nè la rivocazione può farglieli attribuire.

Appartenendo i frutti della cosa a colui che n' è al presente proprietario, quelli prodotti dalla cosa donata innanzi la morte non possono quindi appartenere al legittimario; il solo donante avrebbe potuto toglierli al donatario con far rivocare la proprietà prima della sua morte; ma siccome in ordine al donante la proprietà era irrevocabile, i frutti dunque appartengono al donatario. È dunque evidente che il donatario per il suo titolo di proprietario, non rivocato sotto tale rispetto, conserva i frutti maturati fino alla morte, e non già *come semplice possessore di buona fede e inconsapevole se fosse soggetto alla riduzione*, siccome ha insegnato Duranton (VIII-375). Se lo fosse come possessore di buona fede, egli non dovrebbe perdere i frutti a contare dalla morte, ma solo dal giorno della domanda; perchè avvenuta la morte egli può ignorare se debba farsi la riduzione, ed anche ignorare la morte stessa.

Il Codice accorda dunque al legittimario tutto il rigore del suo dritto, assegnandogli i frutti a contare dalla morte.

Ma affin di conservare questo dritto, è bisogno che si faccia la domanda entro l'anno. Si comprende difatti che se l'erede, il quale faccia la sua domanda dopo cinque, sei, dieci anni dopo la morte, avesse potuto riscuotere tutti i frutti maturati dopo la morte, tal facoltà sarebbe stata pericolosa pel donatario. Costui ha potuto ignorare la morte e che si debba far la riduzione, e credere in ogni caso, che il legittimario non esercitasse il suo diritto. La legge quindi obbliga lui a rendere i frutti a contare dal giorno stesso della domanda; e allora egli, come possessore di buona fede, conserva i frutti maturati dopo la morte fino al giorno della domanda.

929 (846). — Gl'immobili da ricuperarsi in conseguenza della riduzione, saranno liberi da ogni debito o ipoteca contratta dal donatario.

930 (847). — L' azione per la riduzione o per la rivendicazione potrà esercitarsi dagli eredi contra i terzi detentori degl'immobili compresi nelle donazioni ed alienati da' donatari, nella maniera medesima e collo stesso ordine che si terrebbe contro i donatari medesimi, e previa la discussione de' beni di costoro. Questa azione dovrà esercitarsi secondo l' ordine dell' epoche delle alienazioni, cominciando dalla più recente.

Così ancora il legato che un padre fa ad uno de' suoi figli con clausola espressa che è destinato a tenergli luogo di legittima trae seco una preferenza necessaria sugli altri legati, pur quando il *figlio* fosse già stato soddisfatto della sua legittima con altri beni donati tra vivi. In simil caso, se le espressioni del testatore non sono perfettamente esatte, provano almeno che egli ha voluto che questo legato avesse la precedenza sugli altri.

SOMMARIO

I. La risoluzione della proprietà del donatario trae quella dei dritti reali da lui consentiti; ma quando sono stati alienati gli stessi immobili, non possono rivendicarsi che dopo discussi tutti i beni del donatario.

II. L'azione si esercita contro gli acquirenti nell'ordine medesimo che contro i donatari. La regola si applica fra gli acquirenti successivi di unico donatario, come fra quelli di più donatari; si applicherebbe altresì frai sotto-acquirenti.

III. L'azione non sperimentasi assolutamente dello stesso modo *che contro i donatari: differenze quanto al riprendere i beni in ispecie, e alla restituzione dei frutti.*

IV. I due articoli si applicano tanto alle donazioni mascherate sotto la forma di contratto oneroso, quanto alle altre.

I. — **620.** L'azione di riduzione tende a rivocare e a rendere come non avvenuta la donazione dei beni tolti sulla riserva; il donatario di essi beni è dunque in ordine allo erede legittimario come se non ne fosse stato mai proprietario; e poichè rispetto a lui non ne ha avuto la proprietà, non ha dunque potuto consentire relativamente a tali beni alcuna alienazione o qualsiasi concessione di dritti reali.

Quindi le vendite, le permute e le donazioni, ecc. le ipoteche, dritti di pegno, servitù reali o personali che il donatario avrebbe potuto consentire, sarebbero risolute come e insieme al suo dritto di proprietà : *soluto jure dantis solvitur jus accipientis*. La parola *debiti* applicata agli immobili dall'articolo 929 (846) è certamente usata qui come sinonimo *di pesi*, e significa tutto quello di che gl'immobili potrebbero esser tenuti o verso le persone o verso altri immobili per il fatto del donatario.

La legge stabilisce alle volte per applicazione di tal principio una importante differenza fra le alienazioni della cosa stessa, e le semplici concessioni di dritti reali sopra di essa. Così le ipoteche, servitù ed altri dritti reali restano soggetti al rigore del principio, e si dileguano assolutamente; le alienazioni, al contrario, si risolvono mercè un equo temperamento introdotto nell'interesse dei terzi acquirenti, che consiste nella discussione preventiva dei beni del donatario. Se Pietro, per modo di esempio, ha ricevuto da Paolo suo debitore una ipoteca sulla cosa donatagli da mio padre e che è fuori del disponibile, la ipoteca sarà risoluta immediatamente ed assolutamente per effetto della mia domanda di riduzione; ma, se al contrario Pietro ha comprato la casa di cui è discorso, io non potrei riprenderla che dopo discusso in contraddizione con esso lui il valore dei beni posseduti dal donatario, e provato che dessi siano non bastevoli a darmi un valore equivalente a quello della casa.

621. Alcuni giureconsulti avevano prima pensato che la preventiva discussione del legittimario gli era solo imposta per quelli beni del donatario che provenivano similmente dalla donazione del defunto. Così se mio padre avesse donato un podere di cui solo una parte si fosse tolta sulla riserva, e il donatario ne avesse di poi venduto una porzione, io sarei allora tenuto di discutere il valore della parte del podere rimasta presso il donatario, rispettando la proprietà del terzo acquirente se quella parte fosse bastevole per la mia riserva; ma se non lo fosse, io non sarei più obbligato, in questo sistema, di discutere i beni personali dal donatario, potendo agire immediatamente contro il suo acquirente. Ma a tal restrizione recata di arbitrio alla disposizione assoluta della legge si è fatto plauso, e tutti gli scrittori han riconosciuto che il legittimario fosse tenuto a discutere preventivamente tutti i beni del donatario. E in vero il nostro art. **930** (**847**) non vuole che si spossessi lo acquirente dei donatari che previa la discussione *dei loro beni*, e nella relazione del Tribunato è stato positivamente detto « che gli eredi deb-

bono prima discutere *i beni personali* del donatario » (Fenet, XII, p. 592).

Si scorge similmente dalla generalità dei termini della relazione e del nostro articolo, che la discussione deve farsi sopra tutti i beni del donatario, mobili o immobili, tanto se questi fossero lontani dal luogo della apertura della successione, quanto se sugli altri siti nel distretto della stessa Corte di appello. La contraria opinione di Grenier (n. 631) è stata bene a ragione rigettata dagli altri scrittori (1).

Il pensiero della legge, ben riconosciuto *oggi* da tutti i comentatori, è che la proprietà dei terzi acquirenti non debba essere sagrificata allo interesse abbastanza lieve in fatti, che può aversi da' legittimari, di ottenere i beni in ispecie anzichè il loro valore. La legge nello interesse dei terzi, e affin di non autorizzare troppo facilmente il loro spossessamento eccettua questo caso alla regola di dovere gli eredi conseguire la loro riserva in corpi ereditarî, e per conseguenza il donatario potrebbe sempre impedire che i suoi acquirenti venissero spossessati pagando al legittimario una somma di denaro che rappresenti il valore dei beni che egli potrebbe riprendere per la sua riserva. Quindi il legittimario per questo solo che l'immobile donato sia stato alienato, non ha altro dritto che di aver denaro potendo solo venir contro lo acquirente per quel che non trova nel patrimonio del donatario, ed impossessarsi dello stesso immobile nel solo caso in cui non vi si pagasse la somma alla quale ha dritto.

II. — 622. L' articolo 930 (847) ci dice che sotto la condizione preventiva della discussione dei beni del donatario, cioè quando il legittimario non trova presso quest' ultimo il valore dei beni che egli ha dritto a reclamare, l'azione del legittimario può intentarsi contro i terzi detentori *della stessa maniera e nell' ordine stesso* che contro i donatarî medesimi.

Che l' azione debba intentarsi contra i terzi acquirenti *nello stesso ordine* che contro i donatarî, è manifesto; l'acquirente dello immobile donato in ultimo dev' essere colpito innanzi lo acquirente di altro precedentemente donato, poichè se fosse bastevole alla riserva il primo o il suo valore che rientra, l' erede non avrà verun dritto sopra l' altro donato prima (articolo 923 (840)); gli acquirenti avendo nè più nè meno i medesimi dritti che i donatarî, non debbono certamente venir ridotti che secondo l' ordine nel quale lo sarebbero i donatarî, se avessero conservato i beni presso di loro.

Nè questo ordine deve essere seguito fra gli acquirenti dei diversi donatarî, ma altresì fra i diversi acquirenti dello stesso donatario. Così, se il podere donato a Pietro è stato da lui venduto in varie porzioni a tre successivi compratori, l'azione da intentarsi per insufficiente solventezza del donatario, sarà esercitata prima contra l'ultimo acquirente; poi sul secondo, caso che non bastino i valori ottenuti sull' ultimo; e contro il primo soltanto, quando non sien bastevoli i beni tolti al terzo e al secondo. Questa regola scritta formalmente nello articolo 930 (847) è logica conseguenza del principio secondo il quale i terzi acquirenti non possono esser molestati se non se previa la discussione del donatario loro venditore. Poichè, essendovi beni sufficienti presso il donatario, non vi sarebbe ad esercitare l' azione contro gli acquirenti di lui, contro i quali si può procedere per il valore che eccede quello che può somministrare il donatario, ne deriva che le vendite le quali lasciassero al donatario venditore tanti beni da poter pagare la riserva, debbono rimanere al coperto da ogni attacco, e quelle solamente impugnarsi che han fatto realmente uscire dal suo patrimonio la parte di beni sù cui avrebbe potuto prendersi la riserva.

Se poi il terzo acquirente avesse rivenduto a sua volta la cosa donata ad uno o più sotto-acquirenti farebbe mestieri ap-

(1) Levasseur (n. 117); Delvincourt, Toullier (V-152); Duranton (VIII-374); Dalloz (n. 66-68); Poujol (n. 21); Vazeille (n. 4); Coin-Delisle (n. 10); Saintespés (II-561).

plicar nuovamente le regole già spiegate o fra lo acquirente dei suoi sotto-acquirenti o fra i sotto-acquirenti tra loro. Quindi dapprima i sotto-acquirenti non potrebbero essere attaccati che dopo la discussione e nel caso in cui non bastassero tutt'i beni che appartengono al principale acquirente, e soltanto per il valore che manca, fatta la imputazione di ciò che ha potuto di quest' ultimo somministrare il patrimonio. Ciò è evidente; perchè da una parte il sotto-acquirente ha dritto, in ordine al primitivo acquirente, suo venditore, alla stessa garenzia che costui poteva pretendere dal donatario, e d' altra parte l' erede obbligato, seguita l'alienazione, a non poter pretender beni in ispecie, ma solo valori equipollenti, non può ricusarsi di prendere questi valori presso l' acquirente principale, anzichè presso il sotto-acquirente, come non poteva ricusarsi più sopra a prenderli dal donatario, anzichè dall' acquirente. Ed ora poichè lo acquirente dev' essere discusso prima dei sotto-acquirenti, e costoro non son tenuti a rispondere all' azione che per quella somma che il suo patrimonio non può somministrare, bisogna dunque similmente dire, che pei sotto-acquirenti fra di loro, quello dovrà essere attaccato il primo che ha acquistato la parte dei beni donati rimasta ultima presso lo acquirente principale.

III. — 623. Abbiam veduto essere assolutamente vera la regola dell' art. 930 (847) che la riduzione debba esercitarsi contro i terzi detentori *nello stesso ordine* che contro i donatarî, ed altresì secondo *l' ordine delle date* delle alienazioni. Non è similmente dell' altra idea che la riduzione si eserciti allora *nella maniera medesima* che contro i donatarî. Essa è vera in questo senso, che i terzi detentori son soggetti alla riduzione in tutt' i casi e solamente in quelli in cui lo sono i donatarî. Ma non bisognerebbe intenderla in un senso assoluto, essendovi differenza fra i due casi.

In fatti abbiamo veduto che il legittimario, il quale può pretendere in ispecie gl' immobili che sono rimasti presso i donatarî, è obbligato di prendersi una somma equivalente quando essi sono stati alienati. Così nel caso stesso in cui il donatario non avesse onde pagare la somma richiesta, e l'azione mercè una preventiva discussione rimasta inefficace, si esercitasse direttamente contro l' acquirente, questi potrebbe sempre esimersi dalla restituzione in ispecie pagando al legittimario una somma bastevole, o che sia equivalente al valore totale del fondo rivendicato (non avendo nulla trovato presso il donatario) o che compia questo valore (se il patrimonio del donatario ne somministrasse una parte). Il legittimario non può dolersi di ricever danaro dall' acquirente; poichè egli avrebbe dritto solamente al danaro, se il donatario potesse dargliene; il danaro dell' uno val quello dell'altro, nè l' erede può trar vantaggio dalla insolventezza del donatario.

Vi è un' altra differenza fra i due casi in ordine al tempo dal quale debbono essere restituiti i frutti dell' immobile. Quando la riduzione si effettua contro lo stesso donatario, egli deve rendere i frutti dal giorno della morte, tranne che l' erede non abbia fatto la domanda al di là dell'anno (articolo 928 (845)); quando la riduzione all' incontro si eserciterà contro l'acquirente, i frutti, che che ne dica Delvincourt, dovranno sempre restituirsi dal giorno della domanda. Lo acquirente in vero non è in tutto nella stessa condizione del donatario; non essendone il rappresentante, non succede alle sue obbligazioni. Il donatario è tenuto personalmente a soffrire la riduzione, avendo ricevuto la proprietà della cosa sotto la implicita condizione di rivocarsi per tal caso; l' acquirente, al contrario non va soggetto, propriamente parlando, alla riduzione, ma sì alla rivendica ordinaria, fondata per aver comprato da chi non ne era proprietario. Il primo è attaccato per esserglisi *donata* una cosa *riservata*, l' altro per aver acquistato a *non domino:* l' uno prescriverebbe l' azione in trent' anni dal giorno della morte, l' altro essendo di buona fede e con giusto titolo sarebbe al coverto della rivendica dopo dieci o vent' anni (art. 2262, 2265 (2168,

2171)). Senza fallo (ciò ha prodotto l'errore di Delvincourt) la rivendica si fa allora nei casi e sotto la condizione della riduzione (perchè in effetto fa uopo esservi riduzione per risolversi la proprietà del donatario, e per avere il detentore acquistato *a non domino*); ma questo acquirente è sempre un *possessor* ordinario, e non mai un donatario che debba ridursi. Dunque la regola che lo riguarda è quella dell'articolo 549 (474) non l'altra speciale dell'art. 928 (845); e quindi il terzo detentore non dovrebbe mai restituire i frutti che dal giorno della domanda di rivendicazione intentata contro di lui, qualunque sia altronde la data della domanda di riduzione diretta contra il donatario (1).

IV. — 624. Le disposizioni dei due nostri articoli si applicano indistintamente a tutte le donazioni capaci di ridursi; le donazioni sotto la forma di un contratto oneroso non meno delle altre ne sono dispensate. Intanto la Corte suprema ha riconfermato (14 dic. 1826) una decisione della Corte di Caen, la quale dichiarava valide contro alcuni eredi le ipoteche consentite sopra un immobile donato sotto la forma di vendita dal donatario di esso, sebbene fosse giudiziariamente provato essere una donazione la pretesa vendita e far parte l'immobile della riserva degli eredi. Se non che tale decisione censurata a ragione da Vazeille e Coin-Delisle, non formerà probabilmente giurisprudenza. Essa era infatti fondata sopra validi motivi di equità i quali sebbene non tolgano che vi sia una violazione della legge, posson ben spiegare che i magistrati non abbiano pensato di applicare i principî della materia (2).

Che che ne sia, le regole del Codice non potrebbero esser dubbie sul proposito; riconoscendosi che le donazioni mascherate sotto la forma di un atto oneroso son da ridursi come le altre, bisogna confessare che esse son soggette ai nostri due articoli come agli altri della sezione. Senza dubbio può sovente esser difficile, alle volte anche impossibile scovrirsi se l'immobile che mi si offre come comprato da uno non gli sia stato donato sotto la forma mentita di una vendita; ma qui bisogna dire come abbiam fatto per le alienazioni consentite da uno erede apparente (articolo 137 (143), n. IV) che non siamo mai costretti a comprare beni nè a prestar denaro; che la legge ha ben stimato di proteggere abbastanza la buona fede degli acquirenti, accorciando per essi i termini della prescrizione; che in tutti i casi, fosse anche non buona in ciò la nostra legislazione, dovrebbe domandarsene la modificazione, non essendo lecito ad una autorità per quanto alta sia, di violare la legge, facendo ciò che ella vieta, o non facendo ciò che comanda.

624 *bis*. Osserviamo in ultimo che questi articoli si occupano solo d'immobili, perchè i mobili, come sappiamo, diventano sempre la proprietà irrevocabile di chiunque li possieda di buona fede (art. 2279 (2185)).

— (848).*

— (849).

— (850).

— (851).

— (852).

— (853).

— (854).

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Riserva*; sez. 3); Grenier (n. 633); Duranton (VIII-376); Dalloz (n. 18), Vazeille (n. 7); Poujol (art. 928 (845); Coin-Delisle (n. 14); Saintespés (II-552).

(2) Vazeille (art. 926 (843), n. 2); Coin-Delisle (art. 930 (847), n. 16); Troplong (art. 2125, n. 468 *bis*); Saintespés (II-557).

* Sezione III. *Della Diredazione*.

848. Oltre delle cause per le quali qualunque erede può rendersi indegno di succedere, le persone a vantaggio delle quali la legge stabilisce una quota di riserva, o sia legittima, possono esserne private con una dichiarazione espressa del testatore, e per una causa ammessa dalla legge e spie-

CAPITOLO QUARTO

DELLE DONAZIONI FRA VIVI.

625. Questo capitolo si divide in due sezioni; la prima tratta *della forma delle donazioni* sotto la qual parola si comprendono, non solo tutte insieme le formalità esterne richieste per la donazione, ma altresì la *forma intrinseca* ossia tutte insieme le diverse condizioni necessarie alla esistenza e validità della donazione. La seconda si occupa *delle eccezioni alla regola della irrevocabilità delle donazioni.*

Non si comprende a primo aspetto la relazione delle due sezioni. Pure essa è logica e semplicissima; essendo scopo principale delle formalità e condizioni della donazione di assicurare la irrevocabilità di essa, e lo effetto della antica massima sempre vigente: *Donner et retenir ne vaut.* Quindi le nostre due sezioni si occupano: 1° delle forme e condizioni richieste per garentire massimamente il gran principio della irrevocabilità, 2° delle eccezioni recate a tal principio.

SEZIONE PRIMA

DELLA FORMA DELLE DONAZIONI FRA VIVI.

931 (855). — Ogni atto che contenga una donazione fra vivi, sarà stipulato innanzi a un notaio nella forma ordinaria de' contratti; e ne rimarrà presso di lui la minuta sotto pena di nullità.*

gata nello stesso testamento.

849. Il figlio potrà esser diredato per le cagioni seguenti:

1°. Se siasi renduto colpevole verso del genitore di sevizie, o di qualunque delitto:

2°. Se gli abbia irragionevolmente negato gli alimenti:

3°. Se divenuto il genitore furioso, lo abbia lasciato in abbandono, senza prender cura di lui;

4°. Se non abbia curato di riscattarlo divenuto prigioniero presso il nemico, quando il poteva;

5°. Se la figlia in contraddizione del padre siasi messa ad esercitare il mestiere di pubblica meretrice.

850. Il padre o la madre potrà esser diredato per le ragioni seguenti:

1° se reso il figlio prigioniero presso il nemico, non abbia procurato, potendo ciò fare, di riscattarlo:

2° se gli abbia irragionevolmente negato gli alimenti:

3° se divenuto furioso, lo abbia abbandonato senza prenderne alcuna cura:

4° Il padre o la madre potrà esser diredato se uno di essi abbia dato il veleno all'altro o l'abbia oltraggiato atrocemente:

5° ha luogo anche la diredazione per avere uno de' genitori attentato alla vita dei proprî figli.

Le disposizioni di questo articolo avranno luogo per ogni altro ascendente.

851. L' esistenza della causa della diredazione, spiegata nel testamento, debbe esser dimostrata con pruove legali.

852. Colui che è stato giustamente diredato, si terrà come non esistente; e la sua persona non sarà messa a calcolo nel ripartirsi la quota di riserva, o sia legittima dovuta agli altri figli.

853. Se il figlio diredato espressamente nel testamento premuore al padre, la diredazione non pregiudica i diritti de' discendenti del medesimo.

Lo stesso vale per la madre e per ogni altro ascendente.

854. La persona diredata, quando non abbia altronde mezzi da vivere, potrà reclamare sulla eredità da cui è esclusa, gli stretti alimenti.

* La Corte suprema di Napoli ha stabilito i seguenti principî:

Una donazione fatta con carta sotto firma privata non può ritenersi per valida perchè notificata con atto posteriore avanti notaio.—13 novembre 1843.

È invalida la dotazione ad una chiesa o ad altra corporazione ecclesiastica fatta con scrittura privata.—4 agosto 1848 (cam. riun.).

Le donazioni manuali di oggetti puramente mobili, come quelle che si compiono si perfezionano e si consumano mercè la tradizione reale *brevi manu*, sono dispensate da ogni formalità di scrittura.—20 giugno 1850.

L' esame sulla estensione di una donazione, e sulla quantità de' beni donati, come di fatto, non va soggetto a censura.—23 gennaro 1851.

SOMMARIO

I. Forme della donazione fra vivi.
II. Le forme non sono richieste per tutte le liberalità, e nemmeno per tutte le donazioni, ma solo per quelle donazioni che devono farsi con atto espresso. Quali sieno tali donazioni.
III. Teoria dei doni manuali.
IV. Osservazioni sul testo dell' art. 893 (813).

I. — 626. La regola di questo articolo non che le altre che in gran parte costituiscono la nostra sezione, sono state tolte dall'ordinanza del 1731.

La prima condizione che richiedesi per l' atto di donazione, è di farsi avanti notari in minuta, e secondo la forma ordinaria degli atti notarili. Quindi inefficace sarebbe l'atto di donazione fatto in carta privata, quand' anche fosse registrato od anche depositato in uno studio di notaro, con atto autentico di deposito; similmente inefficace sarebbe un atto fatto da un giudice di pace assistito dal suo cancelliere sebbene fosse autentico; e similmente ancora l'atto ricevuto da un notaro, solo in brevetto cioè senza minuta; in fine ugual sorte toccherebbe all' atto fatto da un notaro e con minuta se si fosse trascurata alcuna delle regole generali richieste per gli atti notarili dalla legge del 25 ventoso anno XI (16 marzo 1803) organica del notariato.

Ed osserviamo che tali condizioni sono richieste non solo per la autenticità dell' atto, e come mezzo di prova (di modo che si potrebbe supplirvi colla confessione delle parti), ma per la validità stessa; di che non può dubitarsi in faccia al nostro testo, il quale dichiara che le prescrizioni di cui è parola sono imposte sotto pena di nullità.

Nel nostro dritto vi sono tre specie di atti nelle quali è necessaria la forma pubblica per la stessa validità del contratto; essi sono : 1° l' atto di donazione; 2° il contratto di matrimonio (art. 1394, 1397 (1348, 1351)) e 3° il contratto d'ipoteca (art. 2127 (2013)).

II. — 627. Notiamo del resto i termini del nostro articolo affine di non assegnar loro un significato che non hanno, nè possono avere.

L' articolo non dice che l' atto notarile sia necessario *per ogni liberalità* e nemmeno *per ogni donazione;* ma solamente quando l' atto *conterrà donazione*. Or vi ha liberalità che nel senso legale della parola non sono propriamente donazioni, e vi ha poi vere donazioni che possono farsi validamente senza un atto di donazione.

Primieramente, alcune liberalità non sono donazioni. Così prestando gratuitamente il mio cavallo o altro qualunque oggetto, io vi fo certamente una liberalità; pure non è il contratto di donazione di cui si occupa il nostro titolo, bensi quello di comodato di cui parlano gli art. 1875 (1747) e seguenti.

Togliendomi il carico di custodire in mia casa durante la vostra assenza una cosa che vi appartenga , dovendo averne cura come se fosse mia , io vi procuro una utilità senza alcuna ricompensa; ma non è questa una donazione, è il contratto di deposito regolato dagli articoli 1797 (1639) e seguenti. Similmente è del mandato (art. 1984 (1856) e seguenti). In questi varî casi non è certamente richiesto di necessità l'atto notarile. Parimente quando vi rilascio gratuitamente e senza compenso qualunque dritto che io avessi contro di voi; per modo di esempio, il vostro debito rispetto a me, il mio dritto di passaggio sul vostro immobile lacerandone il titolo costituitivo, questo abbandono del mio dritto, questa rinunzia (che può ben farsi senza concorso della vostra volontà, anche a vostra insaputa, e quindi non è un contratto come la donazione), questa rinunzia non vuole in alcun modo esser fatta con atto notarile, e la liberalità sarà abbastanza manifesta dalla soppressione del titolo comprovante il mio dritto. Senza fallo

un atto passato in tal determinata forma potrebbe richiedersi dalla legge per una sorta di rinunzia, come avviene per le rinunzie alle successioni (art. 784 (701)); ma l' atto come donazione non dovrebbe mai essere rivestito di quelle formalità.

Ora alcune donazioni propriamente dette possono in certi casi farsi validamente senza le formalità volute dal nostro capitolo.— E primieramente, le donazioni sono dispensate di tal formalità, essendo lo accessorio di un contratto oneroso (art. 1121, 1973 (1075, 1815)).—Sono pur dispensate se mascherate sotto la forma di un contratto oneroso (art. 918, 851, n. IV (834, 770)). Da ultimo senza alcun atto nè autentico nè privato possono donarsi validamente di mano in mano le cose mobili, e specialmente il denaro. Questi doni manuali di oggetti mobili saranno da noi specialmente spiegati nel n. III.

628. Il nostro articolo adunque significa che le forme di cui è discorso son necessarie negli atti *stesi per la formazione di una donazione;* di modo che la legge almeno col suo testo non ci fa conoscere quali sono le donazioni per le quali richiedesi che vi fosse un atto espresso. Ma tal quistione se non dalla parola del Codice, è risoluta dal suo spirito; tutte insieme le disposizioni della materia, e massime la combinazione del nostro articolo con l'art. 893 (813) (il quale dichiara che non si può disporre a titolo gratuito se non che nelle forme stabilite nel nostro capitolo) provano abbastanza che l'atto notarile è necessario come principio e in regola generale, e che solo non lo è per eccezione. Conoscendo dunque i casi eccezionali, ben si conoscono quali sieno quelli soggetti alla regola.

Così le forme richieste dal nostro articolo sono nulle, anche in caso di donazioni propriamente dette: 1° per quelle che sono accessorio di un atto oneroso; 2° per quelle sotto la forma di un atto oneroso; 3° finalmente per quelle che consistano in semplici doni manuali secondo le regole nel seguente numero indicate. Queste forme saranno indispensabili per qualunque altra donazione.

III.—629. Abbiam detto che le donazioni fatte di mano in mano di cose mobili capaci di acquistarsi con la semplice tradizione, non sieno soggette alla regola del nostro articolo.

In vero, come potrebbe esser necessario un atto qualunque per donare oggetti di cui il semplice possesso di buona fede trasferisce immediatamente la proprietà (art. 2279 (2185))? Di più il compilatore stesso della ordinanza del 1731 da cui è stato copiato il nostro articolo, d' Aguesseau, riconosceva inapplicabile la regola ai doni manuali che si consumano con la tradizione; e nella relazione al Tribunato fu detto: « Dobbiamo osservare che il progetto usa i termini *qualunque atto di donazione*. Il progetto non parla dei doni manuali. Questi non son capaci di alcuna forma; l' unica regola è la tradizione » (Fenet, t. XII, p. 598). Quindi il denaro, i mobili corporali, i biglietti di banca, i boni, o effetti commerciabili pagabili al latore; tutte queste cose si acquisteranno validamente dal donatario colla semplice consegna che gliene avrà fatto il donante.

Siffatti principî intorno alla validità del dono manuale sono ammessi unanimamente dagli scrittori e dalla giurisprudenza. Se non che sorge grave difficoltà sopra tali doni quando son fatti da moribondi, il che avviene spesso. Il dono è valido allora malgrado la morte imminente in cui il pensiero potrebbe trasmutarlo in donazione per causa di morte? è desso valido, sebbene gli oggetti sien rimessi a colui cui son destinati per mezzo di un terzo? è desso valido quand' anche il terzo li avesse rimesso dopo morto il disponente?

Il nostro dritto non ammette più la donazione per causa di morte; non essendovi altre maniere di disporre gratuitamente, che la donazione fra vivi e il testamento (art. 893 (813)). E siccome non si può fare senza atto ciò che non si potrebbe con l' atto più regolare, la donazione per causa di morte, nulla se fatta con atto autentico, lo sarà similmente e per ragione almeno uguale quando sarà fatta con la

semplice tradizione della cosa. Di che segue che il dono manuale non sarà valido se non quando il donante si sarà spossessato della cosa affin di attribuirlo al donatario irrevocabilmente e senza condizione che dipenda dalla sua volontà. Senza dubbio il dono non sarebbe nullo perchè fatto solamente da un moribondo; l'uomo sul punto di mancare può fare donazione fra vivi come a qualunque altra cosa. Ma in mancanza di un atto che indichi la sua volontà è bisogno indagarsi dalle circostanze; se egli ha inteso donare fra vivi *cioè* irrevocabilmente, è valido il dono; se al contrario ha donato per causa di morte *sub mortis conditione*, cioè coll' idea che la cosa restasse o ridivenisse sua se egli sopravivesse al pericolo e fino a quello avvenimento egli fosse libero di revocare il dono, esso sarà nullo (vedi art. 944, 951 (868, 876)).

630. È dunque incontrastabile in principio che il dono manuale può costituire una donazione fra vivi ed esser valido tanto se fatto da un moribondo, che in qualunque altra circostanza. Non è meno incontrastabile che esso può farsi per mezzo di un terzo il quale riceva gli oggetti per restituirli al donatario; ma bisogna per ciò 1° o che il terzo sia mandatario del donatario, ed abbia tale incarico o dalla legge o dal donatario stesso onde accettare la donazione in nome di lui; 2° o che il terzo se non ha mandato per ricevere, rimetta gli oggetti al donatario in vita del donante; 3° o che il donatario in vita del donante informato della consegna degli oggetti, dichiari accettarne la donazione. La donazione fra vivi infatti non può farsi che col concorso delle due volontà del donante e del donatario. Or v' è tal concorso di volontà nei tre casi soprariferiti, ma non esisterebbe fuori di essi.

Il concorso delle volontà esiste quando gli oggetti son ricevuti da tale che abbia mandato a ricevere in nome del donatario; perchè, siccome il mandatario rappresenta il mandante, e questi si reputa fare egli medesimo ciò che quello per essa fa la cosa offerta dal donante è dunque accettata dal donatario nello stesso momento. Esiste similmente quando il terzo senza alcun mandato per ricevere la cosa, l'abbia consegnata al donatario innanzi che morisse il donante; il terzo allora era mandatario e rappresentava il donante affin di offrire la cosa al donatario: ciò che egli faceva si stimava fatto dal medesimo donante, e di conseguenza, v' è concorso di volontà, e si effettua la donazione nel giorno che la cosa, offerta dal donante (nella persona del mandatario) sia stata accettata dal donatario in persona. Questo concorso esiste pure quando in vita del donante il donatario è informato della consegna fatta, e dichiara volersene giovare; perchè nel momento in cui il donatario fa conoscere la volontà o al donante o al terzo che lo rappresenta, si riuniscono le due volontà di donare, e di ricevere e si forma il contratto; da tal punto il terzo che deteneva fino allora gli oggetti in nome del donante, e come a lui spettanti, li detiene in nome del donatario, e come ormai a lui appartenenti.

Ma gli è certo, che che ne abbia detto una decisione di Besanzone (confermata in Cassazione in 12 dicembre 1825), che non si può più incontrare il concorso delle volontà, nè in conseguenza la donazione fra vivi, morendo il donante prima che il donatario abbia conosciuto la rimessa fatta per lui. La morte del donante difatti ha rivocato lo incarico che il terzo avesse ricevuto di donare la cosa a quella persona, ed ha fatto cessare il titolo di mandatario per cui la volontà del terzo era quella del medesimo donante; questo principio che è nell'indole stessa delle cose è d'altra parte scritto nell'art. 2003 (1875) il quale dichiara che il mandato finisce per la morte del mandante. Dunque allorchè la volontà di accettare è incominciata nel donatario, quella di donare più non esisteva, e le due volontà non han potuto concorrere. Indarno si direbbe, come ha fatto la decisione di Besanzone, che il terzo nel punto in cui riceve le cose per quella persona può considerarsi ad un tempo come mandatario del donante affin di rimettere le

cose a lui confidate, ed altresì come *negotiorum gestor* del donatario, accettando nel tempo stesso la donazione in nome e per conto di quest' ultimo; talmente che la donazione sarebbe compita nel punto stesso della consegna degli oggetti, e il terzo li deterrebbe immediatamente come spettanti da allora al donatario. I principî non si prestano a tal teoria; la gestione di negozî suppone interessi *al presente nati*, dritti che al presente esistano per uno, e che un terzo regoli senza mandato che ne lo abbia incaricato affari ad ordinarsi, e di cui si occupa il terzo; or qui l' accettazione appunto *fa nascere* il dritto al donatario e gli *conferisce* uno interesse, di modo che dire, che la donazione possa validamente farsi da un terzo riguardando l' atto come una *gestion di negozio* sarebbe mettere l' effetto innanzi la sua causa.

Non bisogna confondere la gestione di negozio con la stipulazione fatta per altri; la stipulazione in prò d' altri è nulla in generale, perchè non avendo colui che stipula alcun interesse personale alla convenzione, e d' altra parte non avendo stipulato quello che vi avrebbe interesse, nessuno avrebbe azione contro colui che promette, non essendovi *vincolo di dritto*, obbligazione (art. 1119 (1073)). Questa stipulazione in vantaggio altrui diventa valida per eccezione, quando è condizione di una convenzione fatta per conto di chi stipula; ma quantunque allora valida, essa può venir rivocata fino al punto in cui il terzo per cui è fatta avutane conoscenza, dichiara volerne profittare (art. 1121 (1075)). Or poichè la accettazione di un terzo, anche in questa eccezionale circostanza, non renderebbe irrevocabile il dono, e la irrevocabilità è necessaria per costituire validamente una donazione fra vivi, il dono sarebbe dunque valido a contare dal giorno in cui il donatario avrebbe dichiarato volersi vantaggiare della liberalità; e per conseguenza la donazione non sarà regolarmente formata, nè potrà più formarsi se il donante morisse avanti tal dichiarazione del donatario. Di più la legge romana prevedendo appunto il caso che ci occupa (titolo delle *Donazioni* nel Digesto) dichiara incontrastabile la nullità della donazione: « se alcuno volendo donarmi una somma, l' ha confidato ad un terzo per rimettermela, ed è poi morto innanzi che me ne sia fatta la consegna, è certo che quella somma non mi appartiene. » (L. 39, *t.* 5, 2, § 6).

Se il terzo che senza mandato del donatario avesse positivamente dichiarato di accettare la donazione, stipulando per lui e promettendo la sua ratifica (art. 1120 (1074)) la donazione, supposta valida siffatta accettazione (il che noi esamineremo sotto l'articolo 933 (857 M), n. *II*) non partorirebbe effetto che a contare dalla ratifica del donatario; talmente che anche in questo caso bisognerebbe che la donazione fosse nota al donatario innanzi la morte del donante (1).

630 *bis*. Le cose che possono essere oggetto di un dono manuale fatto così senza atto, siccome noi abbiamo già detto, sono quelle soltanto di cui la proprietà trasmettesi con la semplice tradizione, e per le quali il solo possesso rende proprietario (art. 2279 (2185)). Ci sembra dunque del tutto impossibile che possano donarsi in tal modo biglietti ad ordine o lettere di cambio come han giudicato la stessa decisione di Besanzone ed un'altra di Parigi del 6 maggio 1815. Perchè dei tre casi l'uno: o l'effetto sarà dato senza girata, o sarà girato con la causale *per dono*, o avrà per causale regolarmente per *valori ricevuti*; in nissun caso vi sarà il dono manuale di cui noi discorriamo. Se non vi è stata girata, nulla si sarà fatto perchè gli effetti di cui parliamo non si alienano con la semplice consegna, non potendosene trasferire la proprietà al-

(1) La falsa dottrina della decisione di Besanzone è rigettata da Merlin (*Quist.*, alla parola *Donazione*, § 6), Duranton (VIII-393), Coin-Delisle (art. 832 (856), n. 21), e confutata da una decisione di Bordeaux del 5 febbraro 1827.

tramenti che colla girata secondo l'articolo 136 (135) del Codice commerciale. Se vi è stata girata causata *per dono* (o in altri termini equivalenti) il dono non sarà valido nè la proprietà trasferita; perchè la girata onde trasmettere la proprietà, deve esprimere *la valuta somministrata* (art. 137 (136)) C. di comm. Nè può tenersi ragione della bizzarra idea di Vazeille (n. 8) che la parola *dono* indica sempre l'affezione *che non ha valore*. Primieramente è manifesto che l'affezione che ho *potuto* acquistarmi da una persona non è *una valuta* che mi è stata *somministrata* nel senso del C. di comm.; e quand'anche potesse con un singolare tramutamento prendersi per una valuta somministrata siccome è certo che un dono può spesso esser prodotto dall' affezione del donante per il donatario, ne conseguiterebbe che il proprietario del biglietto ne trasmetterebbe la proprietà in pagamento di una valuta *che egli stesso avrebbe somministrato*. — Se *in fine il* donante avesse scritto *valori ricevuti*, *valori forniti*, ecc. egli è vero che il dono produrrebbe il suo effetto e la proprietà sarebbe trasmessa, ma unicamente perchè l' effetto proverebbe la ricevuta dei valori che non sono stati realmente forniti; e il dono sarebbe valido non come dono manuale, ma come donazione mascherata sotto la forma di un atto oneroso. Osserviamo in fatti che la girata è un atto, un atto commerciale, di cui le forme (semplicissime come tutte quelle che regolano gli atti commerciali) sono prescritte dall' art. 137 (136) del Codice di commercio, e quindi il dono per girata regolare è un dono sotto forma di atto oneroso, e non mai un dono manuale senza atto. Dunque con ragione moltissime decisioni han riconosciuto che per tutti i biglietti o titoli di crediti che non sono pagabili al latore, la donazione non può farsi che con un atto di donazione secondo le prescrizioni del nostro articolo, o tramutandosi sotto la forma di una cessione regolare a titolo oneroso (1).

IV. — 631. Da ciò che abbiam detto nei precedenti numeri ben si comprende, che bisogna intendere con accorgimento e non prendere assolutamente alla lettera quel che dice l'art. 893 (813) « non si può disporre gratuitamente dei propri beni che per donazione fra vivi o per testamento, e nelle forme stabilite dalle nostre leggi. »

E primieramente, non è vero che si possa solo disporre gratuitamente per donazione fra vivi o per testamento: prestando il mio cavallo ed attribuendovene l' uso gratuito, alienando il mio credito contro di voi lacerandone il titolo costitutivo, io dispongo gratuitamente dei miei beni, e pure io non fo nè testamento nè donazione fra vivi.

Nemmeno è rigorosamente vero che la donazione fra vivi, quand' anche veramente esista, non possa altramente farsi che nelle forme stabilite nel nostro titolo.

Quando io creo gratuitamente a vostro vantaggio una rendita vitalizia che Tizio dovrà pagarmi per prezzo della vendita fattagli (art. 1121, 1973 (1075, 1845)); quando do gratuitamente un fondo ad uno dei miei figli sotto la forma di una vendita a fondo perduto, gli è ben chiaro che io fo donazioni le quali son valide senza alcuna delle forme quì sopra indicate (articolo 918 (834)).

La massima enunciata dall'articolo 893 (813) è dunque vera come regola generale, eccettone alcuni casi speciali.

932 (856). — La donazione fra vivi non obbligherà il donante, e non produrrà alcun effetto se non dal giorno in cui sarà stata accettata in termini espressi.

L' accettazione potrà farsi, durante la vita del donante, con un atto posteriore ed autentico di cui pure rimarrà la minuta; ma in tal caso la donazione non avrà effetto relativamente al donante, se non dal giorno in cui gli sarà stato notificato l'atto che comproverà l' accettazione.

(1) *Vedi* specialmente Agen, 15 maggio 1833; Lione, 28 *dic.* 1838; Pau, 10 marzo 1840; (*J. du P.*, 1839, I, p. 645; 1841, I, p. 434).

SOMMARIO

I. Necessità della accettazione secondo il dritto comune. Il Codice vuole inoltre la formale espressione di essa accettazione; Perchè?
II. Questa formale espressione non potrebbe supplirsi dalla esecuzione volontaria; dissenso con Toullier.
III. Ma non vuole termini sagramentali: dissenso con Coin-Delisle.
IV. L'accettazione può farsi separata dalla donazione. In questo caso il donatario bisogna che sia capace al momento della accettazione; il donante deve esserlo tanto nel punto della donazione, che dell'accettazione.
V. Il contratto si forma in questo caso sempre al tempo della accettazione e non mai solo a quello della notificazione: dissenso con Duranton ed altri scrittori.
VI. La notificazione deve farsi in vita del donante; potendosi fare dopo la morte del donatario. In qual forma debba farsi.

I. — 632. La donazione fra vivi come qualunque altro contratto, non può altrimenti formarsi che col concorso delle due volontà, del donante cioè, e del donatario; dunque la proprietà passa dall' uno all'altro accettando il donatario l'offerta fattagli dal donante. La legge quindi stanzia le regole del dritto comune con dichiarare che la donazione non obbligherà il donante, nè produrrà alcun effetto che al momento in cui sarà accettata.

Ma il Codice allontanandosi dal dritto comune detta una regola eccezionale e rigorosa, richiedendo che l' accettazione del donatario sia fatta in termini espressi. In generale, per la formazione di tutti i contratti basta il concorso delle volontà in qualsiasi modo manifestate: la vostra firma apposta insieme alla mia nell' atto che dichiara che io vi vendo la tal cosa per la tal somma, prova che voi avete consentito di effettuarsi il contratto di vendita. Qui, al contrario, è necessaria una formale e positiva dichiarazione di accettazione; e la menzione di un atto notarile, che Pietro si è presentato avanti il notaro con Paolo, ed ha fatto a costui la tal donazione, menzione seguita alla fine dell'atto dalla firma di Paolo e di Pietro, non basterebbe per costituire una valida donazione: l' accettazione di Paolo è ben certa, ma non espressa.

Questo rigore riprodotto dall' ordinanza del 1731, derivato dalle nostre antiche consuetudini, non si spiega altrimenti che per il poco favore onde la nostra legislazione francese ha riguardato sempre gli atti nei quali uno si spoglia a titolo gratuito dei suoi beni; essendosi voluto rendere le donazioni rare per quanto fosse possibile, e moltiplicare attorno ad esse i casi di annullamento.

II. — 633. Non basta dunque esservi una accettazione, bisogna inoltre come regola di forma, che dessa sia espressa. La mancanza di espressa accettazione non potrebbe nemmeno esser supplita dalla tacita conferma che risulti dall'esecuzione volontaria fatta dal donante. L'articolo 1339 (1293) dichiara impossibile qualunque conferma o ratifica per parte del donante di una donazione che sia nulla nella forma, cotal che egli non potrebbe altrimenti effettuare la sua liberalità, che facendo un'altra donazione.

Toullier (V-189) pretende in vano che l' art. 1339 (1293) proibisca soltanto la conferma espressa e con atto, e non già quella tacita e che risulti dalla esecuzione; la è questa una idea rigettata da tutti gli scrittori ed anche da Duvergier, annotatore di Toullier. E con buona ragione; perchè l' articolo proibendo la conferma formale, implicitamente e *a fortiori* proibisce la semplice conferma tacita; d' altra parte ogni dubbio vien tolto sul proposito dalla combinazione dei tre articoli 1338, 1339, 1340 (1292, 1293, 1294).

In vero, quando la legge ha detto nello art. 1339 (1293) che il donante non può riparare con alcun atto di conferma i vizj della donazione che sia nulla nella forma, aveva già spiegato nell' art. 1338 (1292)

e come principio generale, che la nullità *delle* obbligazioni può esser coverta o dalla conferma formale scritta in un atto, o dalla conferma tacita risultante dalla esecuzione; dopo ciò aggiunge nello art. 1340 (1294) che la conferma della donazione formale e per atto, o tacita e risultante dalla esecuzione, può promanare dai rappresentanti del donante dopo morto costui. Quindi il concetto evidente dei tre articoli è, che in generale si può confermare l'atto nullo (con questo o con quel mezzo) ma che per *eccezione* tal facoltà è tolta al solo donante, *non* potendosi estendere a quelli che lo rappresentano dopo morte. Questa idea in fine non risulta ancora dalla fine dell'articolo 1339 (1292) che al donante non offre altro modo che di *rinnovare la sua donazione* (1)?

Non bisogna far osservare che questa decisione non riguarda le donazioni dei mobili capaci di acquistarsi con la semplice *tradizione*; perchè allora la *esecuzione* d'immettersi in possesso formerebbe una seconda donazione invece della prima fatta irregolarmente (vedi art. 948 (872)).

III. — 634. Come si scorge, la legge spinge molto in là il rigore spiegato contro le donazioni fra vivi; e fa mestieri quindi non estenderlo ancora al di là delle prescrizioni del Codice. Il nostro articolo vuole una accettazione in termini espressi, ma non già in termini sagramentali, cotalchè sarebbe vietato usarne altri che abbiano lo stesso senso; bisogna non solo che vi sia accettazione, ma che sia espressa. Or non è chiaro, che che ne dica Coin-Delisle, (n. 3) che l'accettazione è formalmente espressa quando in vece di usare la parola *accettare* si dice che « Pietro fa la tal donazione a Paolo *che dichiara riceverla con riconoscenza!*

Indubitatamente noi non faremo come Toullier (V-188, *nota*) che scorge *l'accettazione in termini espressi* in quella formola divenuta comune per gli atti notarili: *le parti han così voluto e consentito;* imperocchè tali parole nulla aggiungono a ciò che precedentemente è stato detto nell'atto, e dirmi che Paolo ha voluto e consentito che Pietro gli facesse una offerta, non vale lo stesso che dirmi formalmente aver lui accettato l'offerta. Ma sarebbe certamente cadere nell'eccesso contrario chiedendo sempre la parola *accettare* sotto pena di nullità. Chi vorrebbe impugnare per mancanza di espressa accettazione l'atto il quale direbbe, che Pietro ha fatto a Paolo donazione di 50,000 franchi in biglietti di banca che costui ha preso dalla mano del donante alla presenza dei notari? È certamente impossibile che si esprima con maggiore energia l'accettazione, e pure nell'atto non figura la parola *accettare*.

Se poi le espressioni adoperate dinotino veramente l'accettazione, non è più una quistion di dritto, ma bensì di grammatica che le Corti di appello sovranamente risolverebbero. Quando una decisione riterrà come valido l'atto di donazione, perchè sebbene non contenga la parola *accettare*, contiene non per tanto *la formale espressione dell'accettazione*, non potrebbesi di certo dire dalla Corte suprema che si fosse violato il nostro articolo (2).

IV. — 635. La accettazione della donazione può farsi con atto distinto e posteriore, purchè si faccia similmente avanti notaro ed in minuta. Una donazione può dunque farsi oggi a Parigi, non intervenendovi ed anche insciente il donatario; e dopo accettarsi a Lione dal donatario senza lo intervento del donante.

Accettandosi la donazione con atto distinto, il contratto si forma sempre al momento di essa accettazione; e siccome fino a quel punto il donatario non deve figurare *affatto*, noi ne abbiamo inferito (articolo 906 (822), n. II) col più degli scrittori, e contro la sola dottrina di Coin-Delisle,

(1) *Conf.* Merlin (*Rep.*, *Test.*, sez. 2); Grenier (n. 57 *ter. et quatuor*); Duranton (VIII-389); Vazeille (n. 2); Coin-Delisle (art. 931 (855), n. 9); Zachariae (*II*, p. 453); Douai, 7 mag. 1819; Rig., 6 giugno 1811, Rouen, 10 lug. 1824; Bourges, 30 ott. 1831, (Dev., 32, 2 III).

(2) Guilhon (n. 495); Vazeille (n. 1; (Zachariae (V, p. 61); Grenoble, 6 gennaro 1831 (Dev., 32, 2, 200).

che nissuna capacità del donatario, nemmeno l'esistenza, può esser necessaria prima del momento dell' accettazione; abbiam detto che quando l' art. 906 (822) vuole che il donatario sia concepito al punto *della donazione*, intende parlare del contratto di donazione, della *vera donazione* che risulta dal concorso delle volontà, e non delle semplici *offerte* di donare.

Ma certamente la cosa va diversamente per il donante. Siccome egli comincia la sua parte nel contratto il giorno in cui dichiara autenticamente di voler donare, e non già in quello in cui il donatario accetta, così bisogna che egli sia capace in quel momento; e dovendo altresì esser capace nel punto in cui l'accettazione avviene (poichè il contratto allora si forma, non potendo altrimenti farsi che col concorso delle due volontà capaci) ne conseguita che il donante debba esser capace e nel tempo della donazione da lui offerta, e in quello dell' accettazione fatta dal donatario. Così sarebbe nulla la donazione fatta nella minore età del donante, sebben egli fosse maggiore al tempo della accettazione; viceversa, sarebbe nulla se accettata nel punto che il donante fosse interdetto, sebbene fosse stato capace al tempo che si stendeva l'atto della donazione.

Siccome con l'accettazione si congiungono le due volontà, di donare e di ricevere, e il contratto si forma, da quel momento adunque soltanto la donazione può partorire i suoi effetti. Se dunque innanzi l'accettazione il donante revocasse la sua offerta, non vi potrebbe essere più alcuna accettazione; se vendesse o altramente alienasse la cosa offerta (il che costituirebbe una tacita rivocazione) l'alienazione sarebbe validissima; se costituisse sulla cosa ipoteche, servitù, il donatario non potrebbe accettare e prender la cosa che nello stato in cui sarebbe, rispettando i carichi imposti.

V.—636. Per tutto ciò che abbiamo spiegato fino ad ora, il Codice ha tenuto gli antichi principî; ma fa importante innovazione quando dice che facendosi l'accettazione con atto separato, la donazione avrà effetto in ordine al donante dal giorno in cui la donazione gli sarà notificata. La quale regola derivata da giuste considerazioni offre gravi difficoltà.

Che significa primieramente il principio che fino a che non sia notificata l'accettazione, *la donazione non produrrà effetto rispetto al donante*? Da una parte, può dirsi che se la donazione è senza effetto fra l'accettazione e la notificazione *in ordine al donante*, essa dunque deve avere effetto in ordine al donatario ed esser compita e perfetta per lui. D'altra parte, sembra logico e ben naturale dire, che essendo inefficace in ordine al donante l'accettazione (non notificata), il donante riman dunque proprietario e conserva tutti i suoi dritti; conservando i suoi dritti, nessuno se ne trasmette al donatario, e l'accettazione è inefficace tanto in ordine a lui che al donante, talmente che bisognerebbe dire generalmente, che la donazione *avrà effetto* per la sola notificazione, non tenendo ragione delle parole *in ordine al donante*.

Quest'ultima dottrina che, lo ripetiamo, pareva dapprima più logica e più vera, è insegnata da parecchi scrittori (1). Duranton principalmente la svolge con energia, dicendo che la mancanza di effetto *in ordine al donante* implica quella *in ordine al donatario*, e per conseguenza evvi mancanza *assoluta* di effetto; che la proprietà non può passare sul capo del donatario restando ancora in quello del donante; che quindi il contratto sarà solamente formato dalla notificazione; che ciò si spiega col concetto ben naturale del legislatore, che il contratto deve formarsi col concorso *delle volontà* dei due contraenti, reciprocamente *note* ad essi. Questo sviluppo dell' art. 932 (856) ci sembra tanto semplice e chiaro che brameremmo poterlo accettare; ma non ci sembra possibile che si possa ammettere. Tale spiegazione come

(1) Guilhon (n. 491); Vazeille (n. 3); Dalloz (numero 21); Duranton (VIII-420); Zachariae (V, p. 37, 38, e 39).

si scorge, ristringesi a cancellare dall'*articolo* le parole *in ordine al donante*, facendogli dire in generale e senza limitazione, che la donazione non produrrà assolutamente verun effetto che dal giorno della notificazione. Or non ci sembra possibile accettare tale interpretazione se non se violando non solo il testo, ma anche il pensiero della legge; perchè le parole *in ordine al donante* sono state poste nel paragrafo, non per inavvertenza, ma a bello studio e con determinato fine.

Questo paragrafo non richiedeva la notificazione nei termini in cui era stato primieramente adottato dal consiglio:

» L'accettazione, esso diceva, potrà farsi » con un atto posteriore; ma allora la do» nazione avrà effetto dal giorno dell'atto » che comproverà l'accettazione » (Fenet, t. 12, p. 353). Il Tribunato invitato a far le sue osservazioni stimò bene che bisognasse esprimersi intorno al bisogno della *autenticità*, e della minuta per l'atto di *accettazione*, e della sua formazione innanzi che morisse il donante; poi siccome resta libero il donante sino al giorno dell'accettazione di rivocare la sua offerta, alienare i beni, ipotecarli, ecc. e l'accettazione può farsi essendo egli lontano, e può passare qualche tempo prima che egli ne abbia notizia; il Tribunato opinò doversi mantenere le rivocazioni, alienazioni, ecc. che il donante potrebbe fare innanzi che avesse avuto quella notizia, e quindi propose questo modo di compilazione, « la accetta» zione potrà farsi in vita del donante con » un atto posteriore ed *autentico di cui* » *rimarrà minuta;* ma allora la donazione » avrà effetto dal giorno *della notificazione* » *fatta al donante* dell'atto che compro» verà l'accettazione ». (ibidem, p. 450).

Delle tre aggiunzioni proposte, due furono accolte dal consiglio, e il nostro articolo le riproduce. Se fosse stato similmente accolto il terzo; se i compilatori avessero scritto, e il Corpo legislativo adottato, questo principio assoluto: *la donazione non avrà effetto che dal giorno della notificazione*, sarebbe da ammettersi del tutto la spiegazione di Duranton. Ma la cosa non andò così. Adottate puramente e semplicemente le due prime aggiunzioni, la terza lo fu con una importante modificazione; la inefficacia della donazione fino alla notizia avuta dell'accettazione, fu soltanto ammessa *in ordine al donante*. È ben manifesto che con aggiungere queste parole si è voluto dire alcun che. Se il consiglio avesse inteso stanziare la assoluta inefficacia, non avrebbe certamente cancellato i termini (semplicissimi ed esattissimi) che la esprimevano; avrebbe anzi mantenuto il terzo principio, siccome avea fatto dei due primi. Così le parole *in ordine al donante* acquistano dalla storia dello articolo un significato d' intenzione e che non si potrebbe disconoscere senza negar l'evidenza. Ma quale è esso dunque questo speciale significato? quale la mente dei compilatori che ristringevano queste parole al principio assoluto del Tribunato? eccola a nostro avviso.

637. Quando la donazione regolarmente offerta da una parte, è regolarmente dall'altra accettata, concorrono le due volontà; e conseguentemente il contratto è formato, la donazione è perfetta; ecco il dritto comune per tutti i contratti. E sicome la donazione si compie al punto della accettazione e innanzi che sia notificata al donante, così partorisce immediatamente i suoi effetti, e quindi il donatario ha oramai la proprietà della cosa donata. Non pertanto siccome il donante, finchè non gli è nota l'accettazione fatta con atto distinto, reputasi sempre proprietario, padrone della cosa offerta, e potrebbe disporne altrimenti di buonissima fede, la proprietà acquistata al donatario dal giorno della sua accettazione sarà condizionale, esistendo sotto la condizione risolutiva delle disposizioni che il donante potrebbe fare prima della notificazione. Quindi se il donante nell'intervallo dalla accettazione alla notificazione annulli espressamente le sue offerte o alieni la cosa donata per intero, il donatario non ne avrà mai avuto la proprietà; se annulli o alieni in parte, il donatario si reputa avere avuto la proprietà dell'altra parte; consentendo un' ipoteca, un usu-

frutto, un dritto di passaggio, o altro qualunque dritto reale, il donatario avrà la proprietà, salva la deduzione dei dritti reali consentiti. Questa idea (d'una proprietà acquistata al donatario dal momento dell'accettazione, ma sotto la condizione risolutiva delle condizioni che il donante potrebbe fare prima della notificazione) ci sembra spiegare le due regole stanziate, una dal dritto comune, e l'altra dal testo del nostro articolo: 1° che i contratti si formanò quando concorrano le due volontà (e per conseguenza quando le donazioni si accettino) 2° che la donazione non ha effetto contro il donante, finchè la donazione non gli sia notificata. Di più si confrontino i due paragrafi dell'articolo. Trattando della donazione non ancora accettata, il paragrafo primo ha detto insieme, che essa *non obbliga il donante*, e non produce altronde *alcun effetto;* al contrario, quanto alla donazione accettata (di cui non è stata notificata la accettazione) il paragrafo 2° dice che essa non obbliga il donante, senza aggiungere l'idea della inefficacia assoluta del primo caso (1).

VI. — 638. Poichè dopo l'accettazione fatta con atto separato, e fino alla notificazione fatta al donante, il donatario ha la proprietà della cosa sotto una condizione risolutiva dipendente dal capriccio del donante (di modo che costui non è affatto legato) ne conseguita che se muore il donante (naturalmente o civilmente) prima della notificazione, il legame che non esisteva per lui non può più formarsi, nè sarebbe possibile alcuna notificazione. Di più il nostro articolo impone di fare la notificazione al donante medesimo, e non già a lui o ai suoi eredi.

Ma se la notificazione non può farsi dal donatario agli eredi del donante, essa si può ben fare al donante dagli eredi del donatario. Non si tratta più di formare il contratto, ma solo di avvertire il donante che il contratto si è formato. Or se tal notizia deve darsi al donante, poco monta al contrario da chi gli sarà data. La proprietà è stata acquistata colla accettazione e il dritto si è effettuato; bisogna ora rendere durevole rispetto al donante il dritto già esistente notificandogli l'acquisto; che importa da chi gli sia notificato? Morendo il donatario, la proprietà che egli ha acquistato essendo trasmessa ai suoi eredi o legatari, questi, come lo avrebbe fatto egli stesso, potranno adempire la formalità della notificazione; se il donatario immediatamente dopo avere accettato alienasse la cosa, il suo acquirente potrebbe far la notificazione; i suoi creditori in fine che non avrebbero potuto certamente accettare in suo nome, onde pagarsi sulla sua cosa, potrebbero validamente notificare l'accettazione fatta. Tutto questo è conseguenza del principio, che il donatario mercè l'accettazione acquista il dritto, e *fa sua la* cosa. Osserviamo di più, che l'articolo, secondo il quale è necessario che l'accettazione sia notificata ad esso donante, onde abbia effetto rispetto a lui, *non vuole* affatto che la notificazione si faccia *dal donatario*.

Questa dottrina (che non potrebbe ammettersi nel sistema di Duranton, *Dalloz*, ec. avvegnacchè in esso il contratto si formi con la notificazione) è quella di Demante, Grenier e di Coin-Delisle (n. 18). Se non che quest'ultimo si apparta dalla opinione dei due primi in un punto intorno al quale non potremmo essere dalla sua; egli pretende che la notificazione diventi impossibile non solo per la morte del donante, ma altresì per la incapacità di lui. Se dunque nello intervallo della notificazione alla accettazione il donante fosse stato interdetto, ovvero se fosse una *donna che nello* intervallo si fosse maritata, la notificazione non potrebbe farsi validamente (n. 16). Non potremmo ammettere questo sistema di mezzo.

Delle due cose l'una; o il contratto di donazione si forma con l'accettazione (fatta anche con atto separato) o si forma al momento della notificazione. Nel primo caso, essendosi il contratto formato prima della

(1) Grenier (n. 381 *bis*); Demante (Themis, VII, p. 380); Coin-Delisle (n. 13, 15).

interdizione, del matrimonio, o di qualunque altra causa d'incapacità, la incapacità è di nessun momento; perchè per ricevere una semplice notizia non è bisogno che si fosse *capace di donare*. Nel secondo caso, il donante dovrebbe esser capace al momento della notificazione, ma bisognerebbe allora adottare per intero questo secondo sistema; ma abbiamo veduto che Coin-Delisle lo rigetta, e crediamo aver provato come esso sia da non ammettersi.

639. È necessario fare un'ultima osservazione. La legge non dice da chi la notificazione debba esser fatta, qual forma si debba eseguire per la notificazione. In fatti su quest' altro punto deve esservi la medesima latitudine. Trattandosi di una semplice notizia da darsi al donante, ed essendosi prima formato il contratto di donazione, non doveva qui esser necessaria alcuna special forma. Quindi sebbene la maniera più naturale di notificare sia una intima per usciere, non crediamo che si possa tacciare di nullità questo o quell'altro mezzo; p. e. se l'atto autentico di accettazione attesti la presenza e l'intervento del donante, ovvero se il donatario in persona abbia consegnato al donante, o abbia fatto consegnare da un terzo una spedizione dell'atto di accettazione, e abbia avuta dal donante una ricevuta che comprovi la consegna, certamente vi sarà stata notificazione. Se non che nel caso in cui la notificazione fosse stata raccertata da uno scritto del donante, il donatario dovrà badare a farlo registrare subito per mettersi rispetto ai terzi al coverto delle disposizioni, che potrebbero farsi ancora da un nante di mala fede.

933 (857).—Se il donatario è maggiore, l' accettazione dee farsi da lui, o in suo nome da persona munita di procura *speciale*, o che abbia la facoltà generale di accettare le donazioni già fatte, o che potessero farsi.

Questa procura dovrà esser fatta innanzi a notaio; ed una copia legale della medesima verrà annessa alla minuta della donazione, o a quella dell'accettazione, qualora questa si fosse fatta con atto separato.

SOMMARIO

I. Il maggiore non interdetto può accettare o da sè o per mezzo del mandatario. Il mandato dev' essere speciale per le donazioni e pubblico. Dev'essere fatto in minuta; dissenso col più degli scrittori.
II. L' accettazione non può farsi da un terzo senza mandato: dissenso con Toullier, Delvincourt e Vazeille.
III. Nè il presente articolo, nè il precedente si applicano alle donazioni per contratto di matrimonio.

I.—**640.** Stabilita nel precedente articolo la necessità, la forma, e gli effetti della accettazione, la legge nel presente e nei seguenti quattro articoli ci dice da chi debba esser fatta; e qui ancora troveremo conseguenze del poco favore onde essa riguarda le donazioni fra vivi.

Essendo maggiore il donatario (e non interdetto) ci dice l'articolo, potrà accettare o per sè o per mezzo di un mandatario. Ma subito il Codice si slontana dal dritto comune, e come se l'odio tradizionale delle nostre antiche consuetudini avverso le donazioni dovesse crescere a seconda che si faccia più antico nella legislazione, il Codice è qui più severo della ordinanza del 1731, di che ci fa bene accorti la semplice lettura del testo, che porta due nuovi rigori. Da prima è mestieri che la procura del mandatario sia speciale, in questo senso che se non porti facoltà di accettare appunto la tal donazione, esprima almeno formalmente quella di accettare *le donazioni*; non bastando oggi la facoltà generale di *fare accettare tutti gli atti che saranno nello interesse del costituente*, facoltà che contiene certamente quella di accettare le donazioni, e che sa-

rebbe stata bastevole sotto l'ordinanza. In secondo luogo, la procura che il dritto comune permette, come altresì la ordinanza, di conferirsi con atto privato, deve essere fatta avanti notaro, come la donazione. Diciamo come la donazione, perchè la procura dev' essere fatta pure in minuta, non essendo valida in brevetto, il che è evidente, richiedendo la legge che vi sia annessa *una spedizione*.

Il più degli scrittori intanto non ammettono quest' ultima decisione (1) e noi siamo qui di accordo col solo Duranton (VIII-431). Si dice primieramente, che la procura in brevetto restando annessa alla minuta della donazione offre lo stesso risultato che se fatta in minuta. Ciò è del tutto vero; ma questa ragione che sarebbe buona altrove, è qui di nessun momento; non basterebbe similmente una semplice procura in carta privata? Non l' ammetteva come sufficiente la stessa ordinanza? Perchè dunque il Codice vuole una procura pubblica? forse non sarebbe stata sufficiente una procura generale per fare tutto ciò che sarebbe nello interesse del donatario? Perchè dunque si chiede un mandato speciale alle donazioni? non bastano forse l'intervento e la firma del donatario nell'atto di donazione, onde provarne la accettazione? perchè dunque volere una espressa dichiarazione? Il perchè tutti lo conoscono; onde moltiplicare attorno alle donazioni impedimenti e casi di nullità. Non faccia dunque meraviglia che il Codice chieda una procura in minuta, sebbene basti quella in brevetto.—Si dice in fine che il nostro testo fa supporre il bisogno di una minuta; ma *supporre* non val *disporre*. In vero la risposta non è grave; non per una supposizione, ma per una chiarissima disposizione la legge vuole che siavi annessa la spedizione; ma la spedizione è solo per gli atti in minuta, dunque bisognerà che si faccia la minuta.

II.—641. La regola della specialità e della autenticità della procura in forza di cui possano accettarsi le donazioni, non è il solo rigore aggiunto dal nostro articolo a quelli ammessi dallo antico dritto. L'ordinanza del 1731 osservando per l'accettazione delle donazioni i principî del dritto comune, permetteva col suo articolo quinto che l' accettazione fosse fatta non solo dal donatario stesso o dal suo procuratore, ma altresì da un terzo che si obbligasse per il donatario, promettendo la ratifica di lui (art. 1120 (1074)); se non che la donazione non avrebbe certamente effetto che dal giorno della ratifica (2). Il *nostro articolo* rigetta ancora questa regola di dritto comune, poichè dichiara che l' accettazione *dev' esser fatta* o dal donatario in persona, o dal suo incaricato con procura speciale ed autentica.

Delvincourt, Toullier (V-192) e Vazeille (n. 1) opinano, che questo mezzo di accettazione è permesso, non essendo formalmente vietato dal nostro articolo; poichè un principio generale deve necessariamente applicarsi a tutti i casi pei quali non esiste una formale eccezione. Non sapremmo attenerci a tale avviso; l' eccezione che questi scrittori dicono di non esistere nel nostro articolo, a noi sembra che evidentemente vi sia.

L' articolo in fatti non dice che sotto questa condizione l' accettazione *può esser* fatta da un mandatario, ma *che dee esser fatta* o dal mandatario stesso, o dal suo procuratore *sotto tali condizioni;* or dire che l' accettazione *deve* farsi per una di queste due maniere, val lo stesso che dire non potersi fare da un terzo; dire che l' accettazione se non è fatta dal donatario, *deve* esserlo da tale che sia provveduto di procura formale autentica e speciale, val lo stesso che dire non poterlo essere da un terzo senza procura.

Il fin qui detto basta per il testo dello articolo. Or quanto al suo spirito, non è chiaro che il testo non sia stato compilato così senza studio? Poichè i compilatori in

(1) Toullier (V-191); Delvincourt, Vazeille (n. 2); Poujol (n. 2); Dalloz (cap. 4, sez. 1); Coin-Delisle (num. 6).

(2) Vedi il testo della nostra ordinanza sotto nostri articoli nel Codice Tripier.

tutto il nostro capitolo copiavano l'ordinanza del 1731 e leggevano nel suo articolo quinto, che le donazioni potrebbero essere accettate « *dal donatario o dal suo procuratore generale o speciale...*, *o da una persona che dichiarasse di agire per il donatario assente* » quando copiando questa disposizione si è rigettata la sua ultima parte per dirci che l'accettazione debba esser fatta dal donatario o dal suo procuratore, non si sopprime certamente l'ultimo modo di accettazione? Non è ben semplice che il Codice si mostri più severo dell'ordinanza, essendolo già stato per il procuratore la cui procura vuole che sia speciale ed autentica (1)?

III. — 642. Vedremo con l'art. 1087 (1042) che le donazioni fatte nel contratto di matrimonio ad uno dei futuri conjugi non sono soggette alla regola tanto rigida di una espressione precisa e formale di accettazione; la loro accettazione è stata mantenuta sotto l'impero del dritto comune, e quindi basta la presenza del donatario, e la sua firma nel contratto, perchè sia regolare e perfetta l'accettazione della liberalità. Tale regola rende in questo caso inapplicabile non solo il precedente articolo, ma pur quello che sviluppiamo. Difatti, essendo l'accettazione rimessa allora sotto i principî del dritto comune, potrà quindi farsi o da un procuratore senza procura autentica, e la di cui facoltà data generalmente per tutti gli affari non fosse speciale per le donazioni, o da un terzo che agisca per il donatario promettendo la sua ratifica.

934 (858). — **La donna maritata non potrà accettare una donazione senza il consenso del marito, o, nel caso del di lui *rifiuto*, senza l'autorizzazione giudiziale, in conformità di ciò che è disposto negli articoli 217 e 219 (206 e 208) sotto il titolo del matrimonio.**

643. Questo articolo, come si scorge, applica alla donazione alcune regole generali stanziate per qualunque specie di atti dai due articoli 217 e 219 (206e 208). In fatti l'art. 217 (206) dichiara che la donna maritata *non può acquistare*, anche *a titolo gratuito*, senza l'autorizzazione del marito; e l'art. 219 (208) aggiunge, che se il marito ricusa l'autorizzazione alla moglie, costei potrà domandarla dal tribunale. Ed essendo il divieto fatto alla moglie dal nostro articolo 934 (858) di accettare una donazione senza autorizzazione del marito, la riproduzione di quello dell'art. 217 (206) (come vien provato dal nostro medesimo testo il quale dice che la sua regola è dettata *in conformità degli art.* 217 e 219 (206 208 M)) si deve quindi inferire che la donazione accettata senza autorizzazione non sarebbe *assolutamente* nulla in ordine al donante e al donatario, ma *relativamente* e in favore soltanto della moglie secondo gli art. 225 e 1125 (214 e 1079). In vero nel nostro caso vi sarebbe una nullità relativa chè tale vien prodotta dalla regola dell'art. 217 (206) come è provato dagli altri due articoli, e il presente riproduce identicamente quella stessa regola.

Intanto, questa dottrina rigettata dal più degli scrittori e dalle decisioni, sarà da noi stabilita sotto il seguente articolo, trattando nel medesimo tempo la quistione per tutti gli incapaci.

935 (859). — **La donazione fatta ad un minore non emancipato, o ad un interdetto, dovrà essere accettata dal suo tutore, in conformità dell'art. 463 (386) nel titolo della minore età, della tutela e della emancipazione.** — **Il minore emancipato potrà accettare coll'assistenza del suo curatore.** — **Ciò non ostante il padre e la madre del minore, sia o no emancipato, o gli altri ascendenti, benchè non sieno nè tu-**

(1) Grenier (n. 60): Duranton (VIII-425); Coin-Delisle (n. 2).

tori nè curatori del minore, e benchè sieno ancora viventi i di lui genitori, potranno accettare per lui.*

SOMMARIO

I. Dritto e dovere nel tutore di accettare le donazioni fatte al pupillo. Assistenza del curatore pel minore emancipato. Un curatore al ventre non può accettare per il figlio di cui si trova incinta la vedova.

II. Tutti gli ascendenti possono senza nè condizione, nè restrizione alcuna accettare le donazioni fatte ai loro discendenti minori : dissenso con Grenier, Delvincourt e Dalloz.

III. L'accettazione, sebbene facultativa per gli ascendenti, non è meno efficace.

IV. L'accettazione degli ascendenti non è permessa per le donazioni fatte ad interdetti : dissenso con Duranton e Coin-Delisle

V. La donazione accettata da un incapace non è assolutamente nulla, ma solo in vantaggio di lui : dissenso con parecchi scrittori.

I. — 644. Non si incontra alcuna difficoltà nei due primi paragrafi dello articolo.

E primieramente, fatta una donazione ad un minore sotto tutela, o ad un interdetto, il dritto di accettare appartiene certamente al tutore, anzi è un dovere, una obbligazione per lui, come è provato dalle regole generali dell'amministrazione tutelare e dalla disposizione dell'art. 942 (866). Onde la donazione fatta a qualunque persona sotto tutela *dovrà* essere accettata dal tutore. Del resto, l' accettazione non può farsi secondo l' art. 463 (386) che previa l' autorizzazione del consiglio di famiglia.

Quanto al minore emancipato, siccome egli agisce per se stesso e non per mezzo del rappresentante, egli potrà accettare la donazione, ma assistito dal suo curatore; senza autorizzazione del consiglio di famiglia.

Uno scrittore, il signor Dalloz (Diz., alla parola *Donaz.*, n. 203) insegna che per argomento dell' art. 463 (385) bisogna riconoscere nel curatore al ventre il mandato di accettare le donazioni che sarebbero fatte al figlio di cui è incinta la moglie alla morte del marito (art. 393 (315)). Errore evidente; l'art. 463 (386) come il paragrafo 1° del nostro, dà al tutore il mandato di accettare la donazione fatta al minore non emancipato; il curatore al ventre non è tutore del figlio concepito. E non solo egli non è tutore; ma nemmeno è destinato a diventarlo, perchè nascendo il figlio, la madre dovrà esserne tutrice. Nè ciò solo: il suo ufficio non è creato appunto nello interesse del fanciullo, ma bensì in quello degli eredi al presente nati del marito defunto, affinchè sorvegliasse la vedova che si dice incinta, ed impedisse che ella potesse mentire una gravidanza ed un parto onde toglier loro la successione. Come dunque vorrebbesi pareggiare questo curatore al tutore di un fanciullo? La donazione non potrebbe quindi essere accettata in questo caso che dalla donna che dicesi incinta, o da qualunque altro ascendente del fanciullo che si dice esistere, secondo il paragrafo 3° del nostro articolo.

II. — 645. Onde facilitare l'accettazione delle donazioni fatte ad un minore, sia o pur nò sotto tutela, la legge nel nostro terzo paragrafo conferisce il dritto di accettare a tutti gli ascendenti di lui insieme e senza distinzione di sesso o di grado di parentela, e senza pur distinguere se l' ascendente sia tutore o cura-

* L' articolo 839 delle leggi civili è così concepito:

« La donazione fatta ad un minore non emancipato, o ad un interdetto, dovrà essere accettata dal suo tutore previa l'approvazione del consiglio di famiglia.

« Il minore emancipato potrà accettare colla assistenza del suo curatore.

» Ciò non ostante il padre e la madre del minore, sia o no emancipato, o gli altri ascendenti, benchè non sieno nè tutori, nè curatori del minore, e benchè sieno ancora viventi i di lui genitori, potranno accettare per lui : e se uno di essi sarà il donante, l'altro potrà accettare ».

tore del fanciullo donatario, o abbia solo il *titolo* di ascendente.

Quindi il padre può accettare la donazione fatta al figlio minore, non solo quando ha l'amministrazione legale dei beni di lui durante il matrimonio, ma altresì quando la tutela è esercitata da altri; l'avo *può* accettare, non ostante vi sia il padre e quantunque la tutela o l'amministrazione legale sia da costui esercitata. *Finalmente* un bisavo può accettare in qualunque linea si trovi, non ostante la *presenza* e la capacità di ascendenti più *prossimi*; anzi può accettar la madre, non ostante la capacità del marito che non accetta, e senza bisogno dell'accettazione di costui. Nè solo il dritto appartiene al padre, alla madre e ad altri ascendenti legittimi, ma altresì al padre e alla madre naturali legalmente noti. In breve *qualunque ascendente*, di qual sia grado o sesso, e in qualsiasi circostanza si trovino egli e il *fanciullo* donatario, *può sempre* col *semplice titolo* di ascendente e senza alcuna *altra* condizione, accettare la donazione fatta al discendente minore.

646. Alcune contraddizioni sono sorte contro tal verità, ma non tali da poter trionfare.

Grenier (n. 64) ha preteso che un' ascendente che abbia il marito non possa accettare se non se con l'autorizzazione di costui la donazione fatta al discendente, perchè quello che è incapace di contrarre per se, lo è similmente a contrarre per altri. Ma è questo un altro errore. La donna maritata tutto che sia incapace per se, non autorizzata dal marito, può senza tale autorizzazione esser fatta procuratrice, e fare con tal qualità qualunque specie di atto; l'articolo 1990 (1862) dichiara ciò positivamente. Or gli ascendenti sono costituiti qui mandatarî legali per accettare le donazioni fatte ai loro discendenti.

Di più tutti gli scrittori indistintamente respingono l'idea di Grenier (1).

Delvincourt e Dalloz (cap. 4, sez. 1, articolo 2, n. 44) pretendono che il dritto di accettare non esiste assolutamente per gli ascendenti superiori, che allorchè il padre e la madre vivendo ancora sono assenti ed interdetti, ma quando son presenti e capaci spetta loro accettare, di modo che il loro rifiuto renderebbe impossibile l'accettazione di altri ascendenti; senza di che vi sarebbe, essi dicono, uno attacco recato alla patria potestà. Ma la generalità del modo onde è compilato il nostro paragrafo, e massime la discussione fattane al consiglio di Stato, provano come sia inesatta tale dottrina.

Nella tornata del 5 ventoso anno II. in cui fu discusso l'articolo, Berlier e Treilhard comprendendo pienamente che la compilazione dell'ultimo paragrafo lo faceva intendere nel senso che noi abbiamo spiegato, chiesero vivamente che fosse modificato nel senso datogli da Delvincourt e Dalloz. Ma Tronchet, Cambacérés e Bigot Preameneu fecero osservare che « la disposizione attaccata trovavasi nella ordinanza del 1831, ed era giusta; che un padre potrebbe rigettare la donazione per ragion d'odio o d'interesse personale, come nel caso in cui egli stesso fosse erede del donante ». Alle istanze di Treilhard, Cambacérés e Tronchet risposero che « il donatario qui è la parte più interessata e il legislatore deve moltiplicare per lui i mezzi onde giovarsi della donazione; che altronde sarebbe più ingiurioso al padre veder il figlio avanti un tribunale mettergli in bocca motivi vergognosi e sragionevoli, che vedersi supplire dall'avo. » Sopra queste osservazioni *fu adottato l'articolo* (Fenet, XII, p. 356 358).

647. Un ultimo punto similmente incontrastabile è, che essendosi dal nostro paragrafo accordata la facoltà senza restrizione nè condizione, gli ascendenti possono accettare senza bisogno di autorizzazione del consiglio di famiglia, come è richiesto pei tutori secondo l'articolo 463 (386). Tutti gli scrittori son concordi intorno a tal punto riconosciuto anche dalla giurisprudenza. Così quand' anche l'ascen-

(1) V. anche rig., 12 aprile 1832; Dev., 21, 2, 158.

dente sia tutore del fanciullo potrà accettare senza autorizzazione, non già come tutore, ma come ascendente. Se poi un ascendente accettasse una donazione con questa sola qualità, quando il padre amministratore legale, o il tutore provveduto del parere della famiglia pretenda che nell' interesse del fanciullo debba rinunziarsi, il padre o il tutore potrebbero rivolgersi ai magistrati acciochè si annullasse l' accettazione. Ma noi non crediamo che questo ricorso ai tribunali potesse farsi da un semplice ascendente contro l'accettazione fatta, o dall' amministratore legale, o dal tutore, o da altro ascendente. L' ascendente ha mandato per accettare, e a ciò restringesi il suo incarico. non avendo alcun potere per censurare l' accettazione fatta da un altro. Va altrimenti la bisogna in ordine al tutore, all' amministratore legale, che sono incaricati dell' amministrazione generale della persona e dei beni.

III.—648. Il nostro terzo paragrafo dice, che gli ascendenti del minore possono accettare la donazione a lui offerta, mentre il tutore del minore o dell' interdetto dovrà fare nel medesimo caso l' accettazione; è facultativo per l' ascendente ciò che è dovere per il tutore. Dippiù l'art. 942 (866) che accorda un' azione ai minori e agli interdetti contro i loro tutori per aver mancato di accettare (e altresì alle donne maritate nello stesso caso contro i loro mariti) non ha stabilito tale azione contro gli ascendenti del minore.

Gli è aperto che un tutore non sarebbe esonerato del suo obbligo perchè fosse ad un' ora ascendente del pupillo; libero, essendo ascendente, di accettare col titolo di ascendente anzichè come tutore (il che gli permette di far di meno dell' autorizzazione del consiglio di famiglia) non è certamente libero di non accettare, perchè è pure tutore. Un padre sarebbe nello stesso caso per il figlio di cui fosse amministratore legale; poichè egli allora, siccome lo è il tutore morto uno dei parenti, è il rappresentante del fanciullo, obbligato di rendergli ragione di tutto quello che non ha ben fatto, e trascurato di fare per l'amministrazione di lui (art. 289 (T)). L' accettazione è una semplice facoltà per costui che è solo ascendente, e al quale non viene imposto alcun carico di amministrare.

Ma l' accettazione se non è obbligatoria per lo ascendente che è solo ascendente, non è men regolare ed efficace di quella che promanerebbe dall' amministratore legale o dal tutore del fanciullo: tanto l' una che l' altra legherebbe il donatario, come se fosse stata accettata da un maggiore, cioè il donatario non potrebbe tanto nell' uno che nell' altro caso liberarsi dai pesi imposti dalla donazione offrendo di abbandonare i beni donati. Infatti l' articolo 463 (386) ciò dichiara positivamente per l' accettazione fatta dal tutore autorizzato; il mandato previa la condizione di esservi autorizzato conferito al tutore dall' art. 463 (386) e dal paragrafo primo del nostro, è il medesimo di quello conferito agli ascendenti senza tal condizione dal nostro ultimo paragrafo. Sarebbe lo stesso quand' anche la donazione fosse svantaggiosa per il minore. e il solo espediente per il fanciullo fosse di domandare un ristoro al suo ascendente secondo il principio generale dell' art. 1382 (1336).— Sarebbe altrimenti, se l' atto sotto l' apparenza di una donazione nascondesse un contratto a titolo oneroso. Non avendo l' ascendente alcuna capacità onde consentire simigliante contratto, la pretesa donazione potrebbe venire annullata.

IV.—649. La facoltà conferita qui agli ascendenti dei minori vale *similmente per* gli ascendenti degli interdetti? *Duranton* (VIII-442) e Coin-Delisle (*n. 14*) *rispondono* di sì, ma noi non potremo adottare la loro dottrina. L' ascendente per dritto comune non può, siccome l'estraneo. stipulare per il discendente, e la facoltà di cui è discorso essendo quindi una eccezione, dev'essere riconosciuta in favore di quelle persone a cui espressamente vien dalla legge consentita.

Nè si dica avere il testo trascurato per disaccortezza gli ascendenti degli interdetti, i quali han dovuto andar compresi nella

sua mente. Primieramente, l'articolo parla nel suo primo paragrafo degli interdetti, e spiega nel terzo trattarsi di qualunque minore emancipato o pur nò; non possiamo dunque tacciarlo di troppa brevità. Oltre a ciò i compilatori ebbero sotto gli occhi l'ordinanza del 1731, la quale accordava la facoltà agli ascendenti del *donatario minore di 25 anni o interdetto per autorità del magistrato* (art. 7); eccovi una altra ragione per credere, che la omissione sia stata fatta a bello studio.*

E nemmeno si dica come fa Coin-Delisle, che la indicazione formale dello interdetto, necessaria nella ordinanza, non lo era più nel Codice per il principio dell' art. 509 (432) che uguaglia generalmente l' interdetto al minore. Abbiamo veduto (tom. 1°, n. 622, tom. 2°, art. 509 (432)), non essere assoluto il pareggiamento, ma solo relativo alla tutela; e siccome il caso che ci occupa non presenta una regola tutelare, così l' articolo 509 (432) non può applicarsi nella quistione. Quel che solo qui può produrre l' art. 505 (432) combinandosi con l'art. 463 (386), è di permettere ed imporre anche l' accettazione al tutore autorizzato dal consiglio di famiglia; la quale regola è riprodotta appunto dal primo paragrafo del nostro articolo. Or quando il nostro articolo esprime in ordine agli interdetti la regola di cui l'articolo 509 (452) renderebbe inutile la espressione, e tace per l'altra a cui non supplisce l'art. 509 (432) (sebbene essa fosse scritta nell' ordinanza da cui fu tratta) si deve pensare che esso ha voluto derogare all' ordinanza sul proposito, come su molti altri punti aveva fatto.

V. — 650. Era controverso sotto l' ordinanza del 1731, e similmente lo è sotto il Codice, se la accettazione che farebbe da sè un incapace fosse nulla assolutamente, ovvero solo relativamente ed in vantaggio dell' incapace. Nell'antico dritto Furgole, Rousseau de La Combe, Boutarico, ec. dicevano essere assoluta la nullità; ma questa dottrina era rigettata da Pothier, Prevost de la Janès, Bourjon ed altri scrittori troppo rinomati le di cui ragioni non si può credere che fossero *spregevoli arguzie*, come ha scritto Coin-Delisle. Del resto la quistione non dee più decidersi secondo la ordinanza del 1731, ma secondo il Codice civile.

Si accetti una donazione da un minore non emancipato, o da un emancipato non assistito dal suo curatore, da uno interdetto, o da una donna maritata senza l'autorizzazione del marito; in questi vari casi sarà assolutamente nulla la donazione, o solo in vantaggio dell' incapace in conformità del principio generale dell' art. 1125 (1079)? Gli scrittori e le decisioni si sono intorno a ciò divisi, come era la antica dottrina (1).

In questo conflitto che esiste da più di cento anni non dubitiamo di adottare la dottrina della nullità relativa. In vero è un principio generale stanziato per le donne maritate dall'art. 225 (214), e per tutti gl'incapaci dall' art. 1125 (1079), che il contratto fatto fra una persona incapace ed una capace, obbliga la seconda non obbligando la prima, in questo senso che l'incapace ha la scelta di mantenere o fare annullare il contratto. Si pretende esservi eccezione a tal principio per ciò che riguarda le donazioni; ma confessiamo di non saperla trovare o nel testo o nello spirito del Codice. Esaminiamo i motivi del contrario sistema.

* Troplong, *Don. e Test.*, n. 1130.

Per analogia il mandato tacito riconosciuto dall'art. 935 (859) si estende agli ascendenti dello interdetto.

L'ordinanza del 1731, art. 7, spiegavalo formalmente; e certo per inavvertenza non ne fa motto l'art. 935 (859).

(1) Per la nullità assoluta: Maleville (art. 463 (386)); *Grenier* (61 *bis*); Merlin (*Rep.*, *Donaz.*, sez. 4, n. 4); *Delvincourt* (t. II); Proudhon (II, p. 47); R. de Villargues (*Accettaz. della donazione.*, n. 44); Dalloz (cap. 4, sez. 1); Coin-Delisle (n. 20, 25); Zachariae (V, p. 46); Rig., 11 giugno 1816; Riom, 14 agosto 1829, Tolosa, 27 gen. 1830.—Per la nullità relativa; Toullier (V-193, Guilhon (n. 510); Duranton (VIII-435); Vazeille (n. 2); Valette (*sopra Proud.*); Demolombe (IV-348); Nimes, 12 agosto 1808, Colmar, 13 dicembre 1808, Douai, 6 agosto 1823; Metz. 27 aprile 1824; Rig., 6 marzo 1727; Nancy, 4 febbraro 1839 (Dev., 39, 2, 459).

651. Si dice che gli art. 933 a 937 (857 a 861) mirino a fare una classificazione speciale delle capacità relative alla accettazione delle donazioni, che tutti insieme questi articoli offrano un quadro esatto delle persone che possono accettare, e di conseguenza quelle non compresevi non possono mai fare una accettazione. Ma questi articoli non conferiscono il dritto di accettare nè al minore solo, nè alla donna maritata sola, nè all' interdetto; questi dunque son privi del dritto di accettare, e l' accettazione da essi fatta si reputa come non avvenuta. — È facile la risposta. Il quadro dei cinque articoli 933 a 937 (857 a 861) non è quello delle persone che possano fare *una accettazione qualunque*, ma sì delle persone che possono fare una valida accettazione. Dunque da ciò deriva, essere *nulla* l' accettazione dell' interdetto, del minore solo, o della donna maritata sola. Ora tal risultamento nessuno lo nega; ma bisogna conoscere qual sia la natura della nullità, e l'argomento soprariferito non giova per la quistione.

Si dice inoltre (e questa deduzione entra almeno nella quistione) la donazione fra vivi non essere di dritto naturale, ma di puro dritto civile; essere ordinata come un solenne contratto; la presenza dell' agente indicato per compire le forme richieste essere uno degli elementi che costituiscono la solennità; e quindi l' accettazione fatta da qualunque che non sia non indicato nella enumerazione dei nostri cinque articoli, non essere una solenne accettazione; e quindi essere nulla radicalmente ed assolutamente.

Si fa qui un giro di forza per tramutare *in quistione di forma*, ciò che è *quistione di capacità*. Si faccia la donazione per atto pubblico e con minuta; si accetti similmente e vi sia una ben formale espressione della accettazione; ecco il tutto relativo *alla forma;* ora quello che dà e quello che riceve siano abili a donare e a ricevere; ecco quel che riguarda unicamente *la capacità*. Questo sistema è la riproduzione dell'antica idea di Ricard: che negli atti in cui la legge richiede una *esatta solennità*, richiede per ciò stesso l'abilità delle persone che intervengono. Vedetene ora le conseguenze. Nissuno dubita della validità della ipoteca che uno incapace farebbesi consentire dal suo debitore. E pure ragionando come Ricard, Furgole, Grenier, Coin-Delisle ed altri, si direbbe, che l'ipoteca sia un atto di puro dritto civile e solenne, che quindi sia necessaria come elemento di solennità l' abilità dell' agente, ed essendo stato incapace colui che stipula siavi nullità radicale ed assoluta. Non confondiamo in tal modo *la forma* dell'atto con *la capacità* delle parti; la forma può essere stata osservata quantunque incapaci fossero le parti, come altresì può esservi la capacità ed essersi violate le forme.

Si argomenta da ultimo, e massime dall' essere i nostri articoli posti sotto la rubrica *della forma delle donazioni*, ed avere un legame con l' articolo 932 (856) per regolare con esso la forma dell' accettazione, come l' art. 931 (855) regola la forma della donazione. Ma bisognerebbe dire allora, che quel che segue fino all' articolo 952 (877) tratti solo *della forma;* essendo questa la rubrica della sezione. Onde, dove l' art. 938 (862) dice che la cosa donata diventa proprietà del donatario per solo effetto del consenso e senza tradizione, è quistion di forma; dove dice la legge che non si possano donare fra i vivi i beni futuri (articolo 943 (867)) è pur quistione di forma; la nullità della donazione che dipenda da condizioni potestative per il donante articolo 944 (868) è quistione di forma; che il donante può stipulare il dritto di ritorno art. 951 (876), quistione anche di forma!!! *Tutte queste* cose sono certamente da non ammettersi.

651 *bis*. Vedete ora se la dottrina della nullità relativa non sia tanto semplice e vera, come quella della nullità assoluta è sofistica ed arbitraria. Il nostro articolo 935 (859) prescrive che la donazione fatta al minore o all'interdetto sia accettata dal suo tutore *in conformità dell' art.* 463 (386); similmente l' art. 934 (858) ordina l' accettazione per la forma autorizzata *in conformità degli art.* 217,

219 (206, 208 M). I nostri articoli sono adunque la riproduzione o meglio l'applicazione degli art. 217 e 463 (206 e 386); è il ricordo di una regola precedente, e siccome il ricordo di una regola non può tramutarne l'indole nè la sanzione, la sanzione sarà sempre quella degli art. 225 e 1125 (214 e 1079) cioè una nullità relativa e stabilita solo in vantaggio dell' incapace.

Un' ultima riflessione (che ha un valore diretto per la donna maritata, e di rimbalzo rovescia l' intero sistema dei nostri avversari) si cava dal ravvicinare l' articolo 934 (858) con l'art. 905 (821 M). L'articolo 905 (821 M) il quale dichiara, che la donna maritata non può *fare una donazione* senza autorizzazione (siccome l' articolo 934 (858) dichiara che ella non può *accettarla* senza autorizzazione) non è scritto come i nostri sotto la rubrica *della forma delle donazioni*; nè è intimamente congiunto, come pretendesi che lo siano i nostri, con le regole che riguardano la solennità *dell'atto*. È dunque forza riconoscere, e infatti si riconosce, che esso non offre una quistione di forma, ma una pura quistione di capacità, che esso è semplicemente la riproduzione della regola degli articoli 217 (206) e seguenti, e di conseguenza esso dà luogo ad una nullità relativa secondo gli articoli 225 e 1125 (214 e 1079) (vedi Grenier, n. 199 e Coin-Delisle, art. 905 (821 M), n. 3). Or come potrebbe sostenersi in faccia a ciò il sistema da noi combattuto? Come concepire che la mancanza di autorizzazione produca una *nullità* propriamente detta, una nullità *radicale ed assoluta*, trattandosi di *ricevere*; ed una semplice *annullabilità relativa*, trattandosi *di donare?* Come immaginare che la legge sarà molto più severa per la donna trattandosi di acquistare, che quando ella vuole a titolo gratuito spogliarsi? Bisogna dunque riconoscere che se si dà luogo alla nullità relativa nell'art. 905 (821 M) essa sola parimente sanzionerebbe la violazione dell'articolo 934 (858), nonostante che sia scritta allato delle regole di forma. Ed ora se la teoria da noi rigettata è falsa per l'articolo 934 (858), gli è manifesto esserlo parimente per l'art. 935 (859), essendo la stessa in ambi i casi.

936 (860). — Il sordo e muto che sappia scrivere potrà accettare egli stesso o col mezzo di procuratore.

Se non sappia scrivere, l' accettazione dovrà farsi da un curatore speciale nominato secondo le regole stabilite nel titolo *della minore età, della tutela e della emancipazione*.

SOMMARIO

I. Il sordo muto può accettare *potendo intendere e farsi intendere per iscritto.—Se no, ha bisogno di un curatore* ad hoc *senza distinguere se parli o pur no per segni.—A quali sordi muti si applichi l'articolo.*

II. Il sordo muto non può far *donazione se non quando sappia scrivere : dissenso con Vazeille e Coin-Delisle.*

I. — 652. Al sordo muto che sapendo scrivere ha un mezzo di manifestare le sue volontà, e di comunicare i suoi pensieri coi suoi simili, la legge permette di accettare o da se stesso o per mezzo di un procuratore, le donazioni che gli fossero fatte; se non che i notari essendo tenuti secondo la legge del 25 ventoso anno XI di dare lettura dell' atto e alle parti, e di far menzione dello adempimento di essa formalità, e da un' altra parte non potendo tale lettura giovare qui trattandosi di un sordo, il notaro che stenderebbe l'atto di accettazione o la procura data dal sordo muto per accettare in suo nome, dovrebbe attestare che gli abbia dato lettura dell'atto. Comprendesi in vero che per *sordo muto che sappia scrivere* non s' intende quello solo che potrebbe firmare il suo nome, ma bensì quello che mercè la scrittura

può far comprendere le sue idee ed intendere quelle degli altri.

Quando il sordo muto non sa scrivere, la legge non distingue se sappia o no parlare per segni, e se l'atto sia ricevuto da un notaro che intenda o no questi segni; la donazione non può essere accettata in tutti i casi che da un curatore nominato *ad hoc* dal consiglio di famiglia, come quello del minore emancipato. Il curatore essendo nominato per l'accettazione deve compire o far compire per il sordo muto tutto ciò che è necessario perchè l'accettazione sia perfetta; per modo di esempio la trascrizione di una donazione di beni immobili (art. 939 (863 M)). Ma di certo le sue funzioni cessano, compite le formalità necessarie al perfezionamento della donazione.

Il nostro articolo non si applicherebbe ad un sordo-muto minore emancipato o interdetto. Poichè allora deve accettare non egli, ma il suo tutore o il suo amministratore legale. Si applicherebbe bensì al minore emancipato, alla donna maritata; perchè il curatore dell'uno e il marito dell'altra li assistono solo nella accettazione *che essi stessi fanno*; incapaci essendo di fare l'accettazione, bisognerebbe che lor si nominasse il curatore *ad hoc* di cui parla il nostro articolo.

II.—653. Il sordo muto può fare la donazione fra vivi come può accettarla? — Non dubitiamo di rispondere di sì per il sordo muto che sappia scrivere; egli manifesterà le sue intenzioni mercè la scrittura di un modo così intelligibile, come qualunque altro farebbe con le parole. Di più si è d'accordo intorno a ciò. Ma non così se il sordo muto non sappia scrivere.

Vazeille (n. 1) vuol che il sordo muto che parli con segni possa fare una donazione con l'interpetre che destinerebbe il consiglio di famiglia. Ma allora il notaro non potrebbe attestare il pensiero del sordo-muto, ma quello invece manifestato dall'interpetre e di cui non gli sarebbe garentita la fedeltà; tal sentenza dunque non può accogliersi. Coin-Delisle (n. 2), rigettata come noi questa dottrina, crede valida la donazione quando il notaro comprenda i segni del sordo-muto. Se non che non basterebbe la intelligenza del notaro, essendo pur necessaria nei testimoni, poichè senza ciò l'atto sarebbe come se fosse fatto dietro ai testimoni, e perciò nullo. Ed ora quand' anche il notaro, e i testimoni (o i due notari) intendessero il linguaggio per segni del sordo-morto, non sarebbe lo stesso che gettarsi nell'arbitrio permettendo la donazione? Noi non lo crediamo. La legge non vuole una espressione qualunque della volontà, ma una espressione generalmente intelligibile; di ciò abbiamo la prova nel nostro articolo che permette *l'accettazione* al sordo-muto che sappia scrivere, e che vuole la nomina di un curatore per quello che non sa scrivere senza distinguere se il sordo-muto, o il notaro conoscano o pur nò il linguaggio dei segni. Come dunque permettere per la donazione ciò che la legge neppur permette per l'accettazione? Noi crediamo dunque che il sordo-muto che non sappia scrivere, non possa affatto far donazione fra vivi (1).

937 (861 M).—Le donazioni fatte a favore degli spedali, de' poveri di un comune, o degli stabilimenti di utilità pubblica, saranno accettate dagli amministratori rispettivi, dopo che ne siano stati debitamente autorizzati.*

654.—Abbiamo veduto con l'art. 910 (826) che i comuni, gli ospizj, ei corpo-

(1) Merlin (*Rep.* alla parola *Sordo-muto*, n. 4); Guilhon (n. 109); Liege, 12 marzo 1809.

* L'art. 861 delle leggi civili è così concepito: « Le donazioni fatte a favore degli spedali, dei poveri di un comune, o degli stabilimenti di utilità pubblica, o di qualunque altro corpo morale, saranno accettate dagli amministratori rispettivi, dopo che ne sieno stati debitamente autorizzati. » —Una donazione a pro di un comune deve reputarsi perfetta, se interviene nell'atto alcuno che stipuli pel medesimo, e si prenda un' iscrizione in seguito di superiore autorizzazione.

Corte suprema di Napoli, 11 lugl. 1839.

razioni e tutti gli stabilimenti che formano persone morali sono capaci al pari dei privati di ricevere fra vivi come per testamenti. Il nostro articolo ci dice che le donazioni ad essi fatte van soggette, come tutte le altre, alla necessità dell' accettazione; e siccome elle son permesse con la formale autorizzazione del capo dello stato e dei prefetti secondo i casi, come abbiamo egualmente veduto, il nostro articolo dichiara che l'accettazione non può esser fatta se non dopo ottenuta l' autorizzazione. Due ordinanze reali del 2 aprile 1817, del 7 maggio 1826 indicano le persone da cui devono essere accettate le donazioni di cui parla l'articolo).

Del resto è incontrastabile, sebbene alle volte si sia disconosciuto che l' autorizzazione, per esser valida, debba precedere l'accettazione. L'articolo positivamente dice che gli amministratori non dovranno accettare che *dopo essere debitamente autorizzati*. Anzi avendo Jollivet reclamato al consiglio di Stato contro tal disposizione con dire che « l' accettazione dovrebbe » prima produrre i suoi effetti salvo la » conferma del Governo » fu risposto « che » non si poteva per alcuna considerazione » permettere agli amministratori di ac- » cettare senza esservi autorizzati ».

938 (862 M).—La donazione debitamente accettata nelle forme sarà perfetta col solo consenso delle parti: e la proprietà delle cose donate s' intenderà trasferita nel donatario senza la necessità di altra tradizione.*

655. La prevalenza di antiche idee ha fatto compilare questo articolo in modo da non potersi a primo aspetto comprendere; come si parla di una *donazione* perfetta *col solo consenso* quando per questo contratto richiedonsi formalità tanto rigide e indispensabili alla sua esistenza? e poi di quale ALTRA *tradizione* parla la fine della nostra disposizione.

Un tempo si distingueva la tradizione *di fatto* che consisteva nel rimettere la cosa in possesso del donatario; e la tradizione di *dritto* che consisteva nel consenso dato dal donante di spogliarsi della proprietà, cioè dell' obbligo da lui contratto (vedi Merlin, *Repertorio*, alla parola *Donazione*, sez. 5, § 1). Alcune consuetudini richiedevano la tradizione di fatto per essere perfetto il contratto, non bastando quella di dritto cioè il semplice consenso regolarmente attestato; per ciò si chiamavano consuetudini *de nantissement*. Ciò spiega perchè l' articolo fu in tal modo scritto.

La donazione secondo la prima frase si perfeziona col consenso, purchè l'accettazione ed anche le formalità che debbono precederla sieno regolarmente compite; onde il consenso manifestato da ambe le parti nelle forme volute basta per se *solo*, escludendo la tradizione di fatto non più necessaria. Ed ora perchè il contratto si perfeziona col solo consenso (manifestato nella debita forma) cioè per ciò che si chiamava la *tradizione del dritto* l'articolo aggiunge non esser bisogno di *altra* tradizione. Era questa l'idea dei compilatori tanto che nel progetto erasi detto « senza » bisogno di altra tradizione CHE QUELLA » RISULTANTE DAL CONSENSO » (art. 54, Fenet, t. 2, p. 283).

656. Che il contratto di donazione *si perfezioni* col consenso regolarmente manifestato, è una idea che è paruta sem-

* L' articolo 862 delle leggi civili fu così riformato:

« La donazione accettata nelle forme sarà perfetta col solo consenso delle parti: e la proprietà delle cose donate s'intenderà trasferita nel donatario senza la necessità di formale tradizione ».

Anche per antico diritto valeva la donazione che il padre faceva al figliuolo nè può parlarsi di mancanza di tradizione ove il dono fosse diretto a fare ottenere una carica al figlio. — Corte suprema di Napoli 21 gennaro 1826.

I frutti sono un accessorio de' beni donati, epperò sono dovuti sul patrimonio del donante. Quanto poi all'epoca da cui debbono decorrere, se il giudicato che ne ha dichiarato il diritto è muto intorno a ciò, s' intende che in esso sia implicitamente ritenuta l' epoca indicata nella dimanda.— Corte suprema di Napoli 23 gennaro 1851.

pre semplicissima; disconosciuta nelle nostre consuetudini di *nantissement*, era ammessa nelle altre, come lo era stato sempre in Roma. Non è così della altra idea dello articolo, secondo cui il consenso regolarmente espresso produce parimente *lo immediato trasferimento della proprietà* prima di qualunque tradizione; la è questa, come noi abbiamo già detto sotto gli articoli 711-712 (632-633) (numero II). una idea tutta nuova, e stanziata primamente dal nostro Codice civile.

In Roma e nel nostro antico dritto il consenso partoriva il contratto; ma questo che non poteva trasferire la proprietà facea solo nascer *l' obbligo* di trasferirla; e la proprietà passava poi dal donante al donatario per la esecuzione del contratto, per la tradizione. Il contratto era una delle fonti delle obbligazioni, ma non era uno dei modi di acquistare. Del resto, il nostro articolo applica qui specialmente il principio generale stabilito dall' art. 1138 (1092) che sarà più innanzi spiegato.

939 (863).—Quando si farà donazione di beni capaci d' ipoteche, gli atti di donazione e di accettazione, e la notificazione di questa accettazione, se si fosse fatta con atto separato, dovranno trascriversi negli uffizi delle ipoteche esistenti nella provincia o valle in cui sono situati i beni.*

SOMMARIO

I. Che cosa sia la trascrizione. Che cosa era la insinuazione. Discordanza degli scrittori sulla indole della trascrizione voluta dal nostro articolo.
II. Confutazione del sistema di Maleville e Delaporte
III. Confutazione del sistema di Toullier e di Vazeille.
IV. Per quali beni richiedesi la trascrizione della donazione.

I.—657. Per trascrizione di un atto intendesi la copia letterale e intera sù i registri del conservatore delle ipoteche. Noi dobbiamo indagare 1° quali sieno propriamente l' indole e gli effetti della trascrizione richiesta qui per le donazioni, e 2° per qual sorta di beni essa sia richiesta.—A ben comprendere questi due punti è mestieri gettare una occhiata sul dritto precedente al Codice civile.

Parecchie ordinanze dei nostri re, la prima delle quali fu data da Francesco I, d'Orlèans nel 1559, e che eran tutte riassunte in quella del 1731; avevano sottoposto le donazioni alla necessità *della insinuazione* che era una specie di trascrizione che facevasi alla cancelleria dei tribunali.

Per la sola insinuazione, necessaria tanto per le donazioni di cose mobili che per quelle di beni immobili, il contratto era valido rispetto a tutti gli altri tranne il donante. Onde mancando la insinuazione, la donazione era valida tra il donatario e il donante, e produceva i suoi effetti contro quest'ultimo; essendo nulla contro tutti gli altri; i creditori del donante, i suoi terzi acquirenti, i suoi donatari, i suoi legatari. i suoi stessi eredi potevano impugnare la donazione che non era stata insinuata. Questo stato di cose durò sino alla promulgazione del Codice civile.

D'altra parte, una legge nuovissima ancora quando fu promulgato il Codice, quella degli 11 brumajo anno VII (1 nov. 1798) aveva sottoposto tutti gli *atti traslativi* della proprietà dei beni capaci di ipoteca alla necessità della trascrizione sul registro del conservatore, dichiarando che senza la trascrizione la proprietà sarebbesi acquistata rispetto all'alienante, e non mai rispetto ai terzi (art. 26). Senonchè questa legge non permetteva agli eredi del donante di trar profitto dal difetto di tra-

* Una donazione di una parte di doti dovuta dal marito alla moglie, non è sottomessa alla formalità della trascrizione. — Corte suprema di Napoli 4 settembre 1845.

scrizione, come lo faceva l'ordinanza del 1731 per la mancanza di insinuazione.

Onde dal 1 nov. 1798 le donazioni per avere il loro effetto assoluto, erano tutte soggette alla insinuazione, come donazioni (secondo l'ordinanza del 1731); ed altresì, quando riguardavano beni capaci di ipoteca, alla trascrizione, come atti traslativi di proprietà (secondo la legge di brumajo anno VII).—Il progetto del Codice proponeva di mantenere la insinuazione; ristringendo i suoi effetti a quelli della trascrizione. Ma il consiglio di Stato rigettò questa idea, e sostituì la formalità della insinuazione con quella della trascrizione voluta dalla legge dell' anno VII, siccome scorgesi dal nostro articolo. Indi a poco, al tempo che discutevasi il titolo dei *Privilegi* ed *Ipoteche*, la legge dell'anno VII fu abbandonata; stabilito un novello sistema ipotecario; e la trascrizione necessaria sino allora onde trasferire rispetto ai terzi la proprietà dei beni capaci di ipoteca, lo fu solamente onde *purgare* l'immobile acquistato delle ipoteche che potessero gravarlo (art. 2181 (2075) e seg.).

Stante questi fatti, gli scrittori si sono divisi intorno al significato, allo intendimento e alle conseguenze del nostro art. 939 (863).

Maleville (articolo 941 (865)) Delaporte (*articolo medesimo*) ed anche Grenier nella sua prima edizione (mutava poi avviso nella sua terza edizione, n. 167) hanno preteso che la trascrizione, sostituita all' antica insinuazione dai nostri articoli, debba partorire i medesimi effetti di essa, a condizione che si applichi in materia immobiliare; di modochè la mancanza della trascrizione potrebbe essere anche opposta dai donatari o legatari universali del donante o dai suoi eredi. Al contrario Toullier (V-225 a 240) e Vazeille (articolo 941 (865), n. 1) insegnano che sostituita l' insinuazione dalla trascrizione, non si possano invocare gli effetti della prima; che sino alla promulgazione del titolo *delle Ipoteche*, la trascrizione imposta per le donazioni di beni immobili sia stata quella della legge di brumajo; ma abrogata questa dal Codice, debbasi oggi seguire la trascrizione del Codice; cotalchè la trascrizione sarebbe necessaria nelle donazioni come lo è negli altri contratti, cioè affin di pervenire alla purgazione delle ipoteche, non togliendo la sua mancanza che la proprietà passasse al donatario assolutamente e rispetto a tutti.

Queste due dottrine ci sembrano parimente esagerate, e opiniamo col più degli scrittori che la verità stia nel mezzo. Alcune osservazioni basteranno a convincercene.

II. — 658. Onde sostenere che la trascrizione voluta dal nostro articolo debba partorire (pei beni capaci d' ipoteca, essendo per essi richiesta) i medesimi effetti della insinuazione, Maleville, Delaporte e Grenier han detto la insinuazione essere stata soppressa perchè la trascrizione doveva *renderla inutile;* ciò essersi positivamente riconosciuto nel Consiglio di Stato; e quindi essersi pensato di prescrivere una trascrizione che producesse i medesimi effetti della insinuazione. Questo primo argomento fondasi sopra una interpetrazione *certamente falsa* di ciò che fu detto nel consiglio di Stato. Jollivet ed anche Regnaud instarono per la inutilità della insinuazione; ma non parlavano della inutilità *che essa avrebbe* con la *novella* trascrizione, che dovevasi *creare;* eglino parlavano della inutilità che offriva da alcuni anni con la trascrizione esistente. « In molti dipartimenti, diceva Jollivet, si è riconosciuta la inutilità della insinuazione, *essendo diventata indispensabile la trascrizione*; l'insinuazione *non* è dunque *generalmente in uso*, mentre la trascrizione si effettua sopra tutti i punti della Repubblica. » Regnaud dice « i registri di insinuazione essersi stabiliti perchè quelli delle ipoteche erano segreti; essere dunque oggi inutili »; e con tali osservazioni l'articolo fu adottato tal quale lo leggiamo nel Codice (Fenet, t. XII, p. 361, 362). Dunque non trattavasi del futuro, ma del presente e del passato; non di una trascrizione di indole nuova e che dovesse produrre tutti gli effetti della insi-

nuazione, ma della trascrizione che esisteva da alcuni anni secondo la legge di brumajo.

Arroge che nella esposizione dei motivi Bigot faceva notare la utilità della trascrizione *per gli eredi* del donante: il che prova che trattavasi di una trascrizione che sostituiva la insinuazione, di una trascrizione, la cui mancanza potrebbe invocarsi tanto dagli eredi che dai creditori e terzi acquirenti, e non della semplice trascrizione della legge di brumajo. Il secondo argomento non è migliore del primo; essendo *evidente* dalla stessa frase di Bigot che egli intendesse parlare della trascrizione della legge di brumajo; egli non parlava di ciò che sarebbe avvenuto dopo adottato il titolo *delle donazioni*, ma di ciò che al presente avveniva sotto la legge di brumajo. Ecco infatti la sua frase: « Quanto agli eredi, lo inventario farà loro conoscere coi titoli di proprietà, quali sieno i beni; e *nello stato presente delle cose* non v' ha alcun erede che sul menomo dubbio *non incominci* dal verificare sopra i registri quali sieno *le alienazioni* » (Fenet, t. XII, p. 548).

Come dunque si è potuto allegare questo passo in favore della opinione da noi combattuta? Un altro passo che più positivamente si spieghi intorno a ciò, si troverà nella *relazione al Tribunato* ove si dice che « il difetto di trascrizione può essere opposto da qualunque vi abbia interesse; essendone eccettuati quelli che sono incaricati di far trascrivere o i loro aventi-causa, e il *donante*, il che comprende *necessariamente i donatari posteriori*, *i cessionari*, *e gli eredi* del donante (*ibidem*, p. 597).

Torneremo su tale quistione (art. 941 (865 M)), n. III.

III. — 659. Per istabilire al contrario che la trascrizione voluta dal nostro articolo e che prima era quella dell'anno VII, sia necessariamente mutata col mutare del sistema ipotecario, si fa il seguente ragionare semplice e molto specioso a primo aspetto: Gli art. 939-942 (863-866), si dice, impongono la necessità della trascrizione per le donazioni di beni immobili senza svilupparne l'indole giuridica, e di conseguenza le regole che spiegano questo punto debbono altrove rinvenirsi, Ove andremo noi a cercarle? non nell' ordinanza del 1731, nè nelle leggi di brumajo anno VII, essendo state l' una e l' altre abrogate; dunque le troveremo necessariamente nel capitolo VIII del titolo *delle ipoteche*, il solo testo legislativo che detti oggi le norme della trascrizione. »

Ciò vuol dire che il legislatore ordinando la trascrizione per le donazioni d'immobili ha voluto non stabilire una regola speciale per le donazioni; ma semplicemente pareggiare a tutti i contratti traslativi di proprietà, le donazioni che sono anche contratti traslativi di proprietà; e che quindi nella sua mente se la trascrizione dell' anno VII dovesse cambiarsi in appresso per gli altri contratti, muterebbe per ciò stesso per le donazioni, e se per gli altri contratti fosse soppressa, lo sarebbe altresì per le donazioni.

Questo ragionare che non è tale da confutarsi *in forma*, si confuta abbastanza con riflessioni, che non possono non consentirsi da qualunque mente non preoccupata.

Il legislatore, si dice, non ha voluto stabilire una regola speciale per le donazioni, ma solo pareggiarle a tutti i contratti traslativi di proprietà. Ma perchè allora darsi la pena di scrivere i nostri quattro articoli? Guardate tutto insieme il Codice. Parlando dell' obbligo di rilasciare un corpo certo, (obbligo che trasferisce immediatamente al creditore la proprietà) il legislatore non ha voluto la trascrizione (articolo 1138 (1092) e seguenti); riserbando la quistione in appresso. Nel trattare della vendita, contratto traslativo di proprietà, non ha detto che il compratore *fosse obbligato* di far trascrivere: riserbando pure la quistione (art. 1583 (1337)). Trattando della permuta che trasferisce ugualmente la proprietà non ha parlato nemmeno della trascrizione, come nè per la vendita nè per qualunque obbligazione di dare in generale; essendosi taciuto in queste varie materie onde regolarle tutte in una volta con la regola generale unica che proponevasi di dare più innanzi per tutti gli atti tra-

slativi di proprietà (art. 2181 (2075) e seguenti). Ma perchè dunque, lo ripetiamo, darsi la pena di discutere e stabilire gli articoli speciali per il trasferimento di proprietà mercè la donazione?

Il semplice esame dei testi del Codice prova chiaramente che il legislatore ha voluto sottoporre le donazioni ad una regola particolare, ad una condizione rigorosa e determinata di pubblicità. Ma ciò che i testi provano è vieppiù chiaramente dimostrato dalla storia. Non è forse imposta la trascrizione perchè la donazione era da trecento anni soggetta alla formalità della insinuazione, e perchè questa era abbastanza sostituita dalla trascrizione allora esistente? Non è egli chiaro che non volendosi assoggettare la donazione o alla insinuazione o ad altra equivalente formalità, e volendosi lasciarla nel dritto comune, si sarebbe in questo titolo taciuto come negli altri, riserbando per tutti la quistione? Non è probabile che se la trascrizione dell'anno VII, allora generalmente in uso, non potesse sostituire la insinuazione, si sarebbe questa mantenuta come proponeva il progetto? Tutto ciò non è scritto in ogni pagina dei processi verbali? La legge degli 11 brumajo nella mente del legislatore non era il testo che imponeva alle donazioni l'obbligo della trascrizione, ma bensì un testo che spiegava l'indole della trascrizione *imposta dal nostro titolo*. Or poichè la legge di brumajo spiegava solamente la trascrizione richiesta da un altro testo, che monta che quella legge sia o pur nò più in vigore? L' abrogazione di quella legge non toglie che s' ignori quale indole di trascrizione ella ordinasse.

Dunque il nostro articolo vuole la trascrizione secondo era nella legge degli 11 brumajo anno VII; cotalchè dessa non è facultativa pel donatario, e solo destinata a purgare se lo vuole le ipoteche, ma necessaria per la validità delle donazioni rispetto ai terzi (1).

IV. — 660. È altresì controverso quali sieno i beni di cui le donazioni debbano essere trascritte. Questo punto ci sembra semplice, dichiarando il nostro articolo essere le donazioni di *beni capaci d' ipoteca*; e secondo l' art. 2218 (2124) del Codice civile, come secondo l'art. di brumajo (art. 6) sono capaci d' ipoteca: 1° gli immobili per natura o per destinazione e 2° l' usufrutto di essi immobili. Dunque non sarà necessaria la trascrizione per le servitù reali che non vanno soggette ad ipoteca.

Grenier (n. 162) Vazeille (n. 4) e Coin-Delisle (n. 11) insegnano intanto esser necessaria la trascrizione per qualunque donazione d'immobili, non distinguendo se sieno tali per natura o per destinazione o per il loro oggetto, e se sieno o pur no capaci d'ipoteca.

Grenier non ne assegna alcun motivo; Vazeille insegna lungamente che la trascrizione sia altresì utile anzi più utile per le servitù reali che per l' usufrutto (a ciò basterebbe rispondere che non bisogna far la legge nè giustificarla, ma applicarla tale qual è). Coin-Delisle in fine immagina una spiegazione che alla fine è una sottigliezza. La trascrizione, egli dice, non è necessaria rispetto al donatario, ma rispetto al donante e ai terzi che potrebbero con esso lui contrattare. Dunque bisogna considerare se la cosa sia capace d' ipoteca non presso il donatario, ma presso il donante. Ora quando un proprietario costituisce una servitù sulla sua casa; la cosa donata riguardata rispetto al donante e quale essa era nelle sue mani, non è propriamente una servitù, perchè *res sua nomini servit*; è la casa stessa in una delle parti, in una delle sue qualità; ma la casa è soggetta ad ipoteca.

Non è questo un puro sofisma? Onde conoscere se vi sia donazione di questa o di quell'altra specie di cose, è manifesto doversi riguardare la cosa donata; la cosa

(1) *Conf.*, Merlin (*Rep.*, *Donaz.*, sez. 6, § 3), Tarrible (*ibid.*, *Trascrizione.*, § 3) Delvincourt (t. II). Proudhon (*Usuf.*, n. 19); Duranton (VIII-502); Troplong (*Hyp.*, n. 904); Coin-Delisle (n. 7); Duvergier (*sopra Toullier.*, V-259).

donata non è la *casa*, ma *una servitù* sopra di essa. Nella strana teoria di Coin-Delisle, un proprietario non potrebbe *giammai* far donazione di servitù reali o personali: bisognerebbe dire che egli abbia donato le sue case, i suoi poderi, le sue foreste, in questa o quella delle loro parti o qualità; ma non potrebbesi giammai dire che egli *abbia donato servitù*.

Sarebbe stata cosa molto facile al legislatore richiedere la trascrizione per qualunque donazione di beni *immobili*. Ma non l' ha fatto, avendola solo voluta pei beni *soggetti ad ipoteca*. Nè egli ha usato queste ultime espressioni per inavvertenza e senza disegno. Egli voleva qui applicare la legge di brumajo, e richiedere la trascrizione per le donazioni in quei casi in cui era voluta da quella legge per tutti gli atti traslativi di proprietà. Or l'articolo 26 di quella legge richiedevala solo *per gli atti traslativi di beni e dritti capaci di ipoteca;* e il suo articolo 6 aveva spiegato che i beni soggetti ad ipoteca fossero: 1° gli immobili territoriali coi loro accessori inerenti; 2° l'usufrutto e l' enfiteusi di questi stessi beni. La combinazione del nostro art. 939 (863) con gli articoli 6 e 26 della legge di brumaio non permette che si estenda oltre i suoi termini, applicandolo alle servitù reali.

Sotto l' art. 2128 (2014) sarà disaminato se sieno capaci d' ipoteca i dritti di uso e di abitazione che sono servitù personali come l' usufrutto.

940 (864 M).— Questa trascrizione dovrà eseguirsi ad istanza del marito allorchè i beni saranno stati donati alla moglie; e se il marito non adempia tal formalità, la moglie potrà farla eseguire senza autorizzazione.— Se la donazione siasi fatta a minori o interdetti o a stabilimenti pubblici * la trascrizione si eseguirà ad istanza dei tutori curatori, o amministratori.

661. La domanda di trascrizione di una donazione è un fatto materiale per compiere il quale non è necessaria alcuna capacità, quindi non solo la donna maritata senza autorizzazione, ma altresì il minore anche non emancipato, possono fare eseguire la trascrizione della donazione ad essi fatta. Per medesimezza di ragione, gli ascendenti di un minore, o anche di un interdetto, o di una donna maritata, ed eziandio tutti gli altri parenti o semplici amici potrebbero fare similmente (vedi art. 2139 e 2194 (2026 e 2094). Il nostro articolo non mira a far conoscere le persone che hanno il *dritto* di far trascrivere, ma indicar quelle che sono *obbligate* di farlo.

Potrebbe farsi quistione intorno ad un sol punto, se il marito fosse parimente obbligato di far trascrivere quando la donazione sia stata accettata dalla moglie con l' autorizzazione del magistrato. Noi non lo crediamo. La trascrizione è il *seguito* e compimento dell' accettazione, e non avendo il marito preso parte in essa come ne aveva dritto, non si comprende come la trascrizione potesse divenire obbligatoria per lui.

Di che altronde si dorrebbe la moglie, che cosa verrebbe ella dicendo? Essa non ha potuto nè dovuto fare assegnamento sul marito; e la trascrizione che poteva fare eseguire senza autorizzazione le era tanto facile quanto l' accettazione, *per la quale* ha domandato l' autorizzazione del tribunale.

941 (865 M).—Potrà opporsi la mancanza di trascrizione da qualunque persona interessata, eccettuati però coloro che hanno l' obbligo di farla eseguire, o che hanno causa da essi, ed eccettuato pure il donante.**

* Nell' art. 864 dopo stabilimenti pubblici si è aggiunto — e corpi morali.

** Nell'art. 865 delle leggi civili dopo le parole eccettuato pure il donatore si è aggiunto — e gli eredi di lui.

La mancanza della trascrizione della donazione può opporsi dall' avente causa del donante. Corte suprema di Napoli—22 luglio 1815.

SOMMARIO

I. La mancanza di trascrizione non può essere opposta, che da qualunque vi abbia interesse per la conservazione di un dritto reale sulla cosa: dissenso con Delvincourt e Duranton.

II. Non può esserlo da coloro che dovevano fare trascrivere nè dai loro aventi causa, anche a titolo particolare.

III. Non può esserlo nemmeno dal donatore nè quindi dai suoi successori generali.

IV. Non può in fine esserlo dai suoi donatari o legatari particolari: dissenso con Duranton, Coin-Delisle, ec. Falsa dottrina di Duranton.

I. — 662. Questo articolo ha fatto sorgere gravi difficoltà intorno alle persone che son comprese nella regola che forma la sua prima parte, e intorno a quelle a cui si applica la eccezione che segue la regola.

L'articolo ci dice dapprima che la mancanza di trascrizione di una donazione può essere opposta da qualunque persona vi abbia interesse. Ma sono tutte le persone che hanno un interesse qualunque a fare annullare la donazione, ovvero il legislatore intende solo parlare di quelle che vi hanno un interesse *per la conservazione di un dritto reale sulla cosa donata*? Per queste la regola ha effetto. Onde colui a cui il donante nello intervallo fra l'accettazione della donazione e la sua trascrizione avrebbe con mala fede venduto l'immobile donato; colui a cui avrebbe nello stesso intervallo costituito una servitù od una ipoteca sullo immobile, potranno senza contrasto allegare il nostro articolo; fondandosi su questo che il donatario al tempo del contratto non avesse fatto pubblica la sua donazione mercè la trascrizione, essi potranno fare eseguire il contratto come se non vi fosse donazione. Ma tal dritto spetterebbe anche ad un semplice creditore chirografario? La quistione è controversa (1), * ma noi non dubitiamo di risolverla con la negativa.

E primieramente, basta ravvicinare i nostri articoli con l'art. 930 (847) per cogliere il concetto del legislatore, e comprendere che la trascrizione e indi la mancanza di essa non hanno quello effetto così ampio che si vuole ad esse attribuire. L'articolo 938 (862) pone *in principio*, che nella donazione la proprietà trasferiscesi nel punto che concordano le due volontà, cioè per la stessa convenzione; poi gli articoli 939 (863) e seguenti fanno una eccezione a tal regola, riportando per al-

(1) Per l'affermativa; Delvincourt, Duranton (VIII-517); Cassaz., 7 aprile 1841; Limoges, 9 marzo 1843 (Dev., 41, 1, 393; 44, 1, 64). — Per la negativa: Grenier (Hyp., n. 360), Coin-Delisle (n. 9, 14); Grenoble, 17 giugno 1822. Quanto alla decisione di Amiens del 1814 allegata da Duranton, come quella che riconobbe anche il dritto dei chirografari, si applicava al contrario ad ipotecari.

* Troplong, *Donazioni e Testamenti*, n. 1183.

Passiamo ai creditori del donante.

Egli è certo oggidì che il manco di trascrizione può essere opposto non pure dai creditori iscritti, ma da quelli non iscritti, e non solamente dai creditori ipotecari, ma altresì dai semplicemente chirografari e perfino dai creditori mobiliari.

A questa giurisprudenza si oppone che la trascrizione prescritta dal nostro articolo non è che la trascrizione della legge dell'anno VII, e che nel sistema di questa legge, il manco di trascrizione non poteva essere opposto se non da coloro che aveano acquistato un dritto reale sull'immobile innanzi che quella si facesse.

In questa obbiezione vi è pure alcuna parte di vero; senonchè troppo tien conto della legge dell'anno VII, e non abbastanza dell'art. 941 (865) C. Nap., che ha pure la sua virtù propria e l'autorità sua. Come si potrebbero infatti sopprimere dal numero di quelli che hanno interesse i creditori chirografari? come si potrebbe pensare che la pubblicità della donazione sia per essi una circostanza inutile e senza influenza?

Non è dunque permesso di toglier loro il beneficio del testo dell'art. 941 (865), che qui si sostiene con la mente del legislatore, che è stata di far dipendere il credito del donante rispetto ai terzi dalla pubblicità della donazione.

Si dirà mai che i creditori chirografari del donante sono gli aventi causa da lui e che a questo titolo esser debbono eliminati? Sarebbe pur vana cotesta ragione; imperocchè non debbono essi subire la responsabilità de' fatti a lui propri; non son mica gravati delle sue obbligazioni; hanno anzi interessi opposti ai suoi, e debbono potersi garentire dalle conseguenze d'una omissione che li ferisce.

cuni casi fino alla trascrizione il *trasferimento della proprietà*. Ma poichè le due disposizioni riguardano il trasferimento della proprietà e la seconda fu eccezione alla prima, si deve dunque applicar questa alle quistioni dei dritti reali? Non si dà pertanto alla eccezione il suo senso naturale con dire che (se basta opporre la semplice convenzione al donante che ridomanderebbe la cosa donata o un dritto sopra di essa) si possa solo opporre la trascrizione al terzo che vien reclamando la proprietà della cosa o un dritto qualunque reale; e si disconoscerebbe la relazione intima di questa con la precedente disposizione, volendo estenderne il beneficio a quelli che allegano un semplice dritto personale. Opponendo un terzo la mancanza di trascrizione onde reclamare un dritto sopra la cosa, deve dargli si ascolto, perocchè rispetto a lui la cosa poteva soltanto esser alienata con la sola trascrizione; si rientra dunque nella eccezione. Ma volendo reclamare un dritto *contro la persona del donante*, non è più ammessibile, perchè la persona è stata dell'intutto spogliata della cosa con la stessa convenzione; allora si è dentro la regola.

D'altra parte, la trascrizione di cui si occupa il nostro articolo e che oggi è imposta alle sole donazioni, è quella voluta dalla legge di brumajo anno VII, per qualunque atto traslativo di proprietà. È questo un punto riconosciuto dagli stessi Delvincourt e Duranton (articolo 939 (863), *n. III in fine*). Or tutti sanno che secondo l'articolo 26 della legge di brumajo la trascrizione era richiesta per lo interesse di quelli che nello intervallo dalla alienazione alla trascrizione avessero acquistato dallo alienante *un dritto reale* sullo immobile alienato. Ma se questi fossero i semplici *interessati* della legge di brumajo, e se il Codice ha mantenuto per la donazione quel che la legge aveva stabilito per qualunque alienazione, non può dunque esser dubbio il senso che il legislatore ha voluto dare alle parole « qualunque persona interessata ».

II. — 663. Ponendo in principio che la mancanza di trascrizione della donazione potrebbe essere opposta da tutti quelli che hanno un dritto reale sulla cosa, il legislatore vi fa una eccezione veramente necessaria.

E primieramente, la mancanza della trascrizione non può essere opposta da quelli che dovevano appunto farla eseguire. Onde i tutori dei minori o degli interdetti, i curatori dei minori emancipati, i mariti delle donne maritate donatarie, gli amministratori, o altri incaricati di accettare e far trascrivere pei pubblici stabilimenti e altri corpi morali, che avrebbero ottenuto dal donante dopo la donazione una servitù, una ipoteca, o una alienazione intera sulla cosa donata, non potrebbero per mantener il loro dritto giovarsi della mancanza di trascrizione, che è loro colpa e di cui sono responsabili essi medesimi secondo espressamente dichiara il seguente articolo.

E sarebbe similmente di quelli che senza essere obbligati dalla legge a far trascrivere, vi si fossero essi medesimi obbligati o con una convenzione, o altrimenti come vedremo nel seguente articolo per gli ascendenti del minore. La legge in fatti eccettua tutte le persone che sono incaricate di far trascrivere. E doveva essere così; perchè dal punto che uno è incaricato di far trascrivere doveva ristorare il donatario di ciò che potrebbe soffrire per la inesecuzione di tale obbligo; ed essendo tenuto a riparare gli effetti della evizione, non può quindi evincere egli stesso: *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

Nè solo la legge nega il dritto di allegare la mancanza di trascrizione a quelli che dovevano far trascrivere, ma altresì ai loro aventi causa. — Onde non solo i loro successori generali (eredi donatari o legatari universali o a titolo universale), ma anche quelli che otterrebbero da essi un dritto particolare, non potrebbero allegare il difetto di trascrizione per lo esercizio di quel dritto. — Supponiamo che il tutore di un minore, accettata la donazione d'un immobili fatta a costui, la tenga segreta per quanto può e si combini col donante per

farsi fare la vendita dello stesso immobile: in questa ipotesi il tutore non potrebbe certo giovarsi della mancanza di trascrizione per far mantenere il suo acquisto, e nemmeno il potrebbero i suoi eredi o altri successori universali (succedendo a tutte le sue obbligazioni e potendosi lor dire come a lui stesso *quem de evictione)*. Ma se il tutore rivendesse l'immobile, o lo gravasse d'ipoteche, il compratore o i creditori ipotecari non potrebbero allegare la mancanza di trascrizione più dello stesso tutore avvegnacchè essi ripetano da lui i loro dritti sopra l'immobile e sieno quindi suoi aventi causa. I dritti del tutore sopra l'immobile erano nulli; dunque nulli similmente quelli da lui conferiti ai terzi; la legge qui serba la massima di dritto comune, ***nemo plus juris conferre potest quam ipse habet.***

III. — 664. La eccezione che nega ad alcuni interessati il dritto di allegare la mancanza di trascrizione, è dal testo, e *con molta* ragione, applicata al donante. In vero quello che ha fatto la donazione non può certamente dolersi del non essersi fatta pubblica; egli ben lo sapeva che la trascrizione non era richiesta nel suo interesse. D'altronde il donante è necessariamente tenuto a ristorare il donatario del danno che gli cagionerebbe qualunque evizione totale o parziale, proveniente dai dritti indebitamente consentiti dal donante compiuta la donazione. Or se egli è tenuto a ristorarlo della evizione, come potrebbe prima molestarlo? Se non che la legge, eccettuando il donante, non eccettua pure i suoi aventi-causa, come ha fatto per quelli incaricati di far trascrivere; sarebbe stata una eccezione tanto larga quanto la regola, comprendendo appunto quello che in questa si comprende. In vero la regola è stabilita per quelli interessati ad allegare la mancanza di trascrizione per mantenere un dritto reale sulla cosa donata; ora un dritto reale sopra la cosa donata non ha potuto conferirsi che dal proprietario di essa ossia dal donante, dunque tutti quelli che abbraccia la regola hanno di necessità il loro dritto dal donante sia immediatamente sia mediatamente, e quindi sono suoi aventi-causa. Ma se la regola è scritta a punto per gli *aventi-causa del donante*, non si potevano dunque eccettuare tutti gli aventi-causa del donante; valeva lo stesso che cancellarla per intero immediatamente dopo averla stanziata. Riconoscendosi nulla rispetto a diversi interessati (sino alla trascrizione) una donazione già perfetta rispetto al donante, si consentiva dunque al donante di conferire ad altri i dritti ch'egli non aveva più per se stesso; si derogava ai principio, *nemo plus juris*, prevedendosi il caso che noi qui incontriamo, di aventi-causa i quali ricevano dal loro autore dritti ch'egli medesimo non potrebbe più invocare.

665. Ma non avendo la legge dovuto parlare degli aventi-causa del donante, nè avendone parlato, non bisogna inferirne che i suoi eredi o altri successori generali, potrebbero invocare la mancanza di trascrizione come un compratore, o creditore ipotecario. — In vero gli aventi-causa di una persona cioè tutti quelli che tengono i lor dritti da essa, dividonsi in due classi ben distinte: 1° i successori generali che van soggetti alle medesime obbligazioni, 2° i semplici successori particolari che rimangono stranieri a tali obbligazioni. Queste due classi di aventi-causa in generale possono essere allontanate dell'esercizio del dritto, non appartenente al loro autore, per una prima ragione comune ad essi tutti, cioè per il principio ricordato più sopra, che non si possono conferire maggiori diritti di quelli che si abbiano, e quindi l'avente-causa non può fare quel che non potrebbe il suo autore. Questa prima ragione non potrebbe qui invocarsi come si è veduto. Ma da canto a questa prima ragione comune alle due classi di aventi-causa e che non ha qui valore, ve n'è altra che si applica solo alla prima classe e che conserva tutta la sua forza, cioè che i successori *generali* son soggetti *a tutti gli obblighi* dei loro autori. Il donante, come abbiamo visto, sarebbe tenuto a ristorare il donatario della evizione cagionata per sua colpa; ma essendo tenuto

ad un ristoro per la evizione, i suoi successori generali lo sarebbero similmente; e di conseguenza non possono essi medesimi esercitare la evizione: se non sono qui allontanati dalla regola *Nemo plus juris*, lo sono da quella *Quem de evictione*.

Erasi dapprima dubitato della dirittura di tal risultamento; e si facean valere alcuni argomenti onde stabilire che gli stessi eredi potessero allegare la mancanza di trascrizione.

Si traeva argomento dal silenzio del nostro articolo, che negando la facoltà agli aventi-causa di quelli che dovevano far trascrivere, non la nega agli aventi-causa del donante, di che s' inferiva che questi ultimi fossero tutti compresi nella regola *qualunque persona che abbia interesse*. Ma abbiam veduto che il nostro articolo *non poteva* parlare di questi aventi-causa (perchè avrebbe distrutto la regola già stanziata) e che il suo silenzio comprende di dritto comune i successori generali del donante come e insieme con lui medesimo. — Invocavasi l' ordinanza del 1731, che il Codice si diceva aver voluto riprodurre, e che abilitava gli eredi stessi a giovarsi della mancanza di insinuazione. Ma appunto perchè l' art. 27 della ordinanza parlava formalmente degli eredi, e il nostro ne tace, essi non possono sotto il Codice avere la facoltà di cui godevano sotto la ordinanza; ed essendo questa facoltà una eccezione esorbitante del dritto comune, nè potendo quindi resultare che da una positiva disposizione, che non fu scritta nel Codice sebbene lo fosse stata nella ordinanza, essa oggi più non esiste. — Allegavansi ancora i lavori preparatori del Codice, onde stabilire che alla novella formalità della trascrizione si eran voluti assegnare gli stessi effetti della antica insinuazione. Ma noi più sopra abbiam dimostrato (art. 939 (863), n. II) esser questo un grave errore, e provar chiaramente il contrario lo esame dei processi verbali.

Si voleva in fine cavare un ultimo argomento dall' art. 783 (700); ma esso non era più sodo degli altri. — L' articolo 783 (700), dicevasi, permettendo allo erede di farsi restituire contro la sua accettazione quando si scopre un testamento che gli ritolga più della metà dei beni, non gliel consente per una donazione che si scopre. Donde tal differenza? L' erede non sarebbe altresì ruinato dalla donazione come dal testamento? La donazione non può similmente esser ignota all' erede, massime se il defunto l' avesse fatta con riserva di usufrutto, conservando quindi fino alla morte il possesso dei beni donati? Or il silenzio dell' art. 783 (700) non è spiegato dallo art. 941 (865).

Difatti o la donazione sarà stata trascritta, e allora l' erede potrà conoscerla nei registri del conservatore; o non lo sarà stata, e allora l'erede allegando la mancanza di trascrizione giusta il nostro articolo, si negherebbe ad eseguire la donazione. — Questo non è molto concludente. Nò, il legislatore non ha pareggiato le donazioni nell' articolo 783 (700) ai testamenti, perchè ha voluto permettere allo erede di opporre alle donazioni la mancanza di trascrizione; ma perchè non ha scorto in una donazione lo stesso pericolo per lo erede, come nel testamento. Se l' art. 773 (700) non parla del caso di donazione, non tratta nemmeno di quello di vendita o di prestito che presenta maggiori pericoli. Il prestito di riguardevoli somme, e la vendita di una gran parte di beni possono farsi in carta privata, ed esser noti soltanto a quello che ha contratto col defunto, mentre la donazione non può esser fatta che in atto pubblico, e quindi dev'essere registrato, di modochè sarà necessariamente nota a più persone. Se dunque il legislatore non si è preoccupato della vendita, anche con riserba di usufrutto, la quale può esser nota soltanto al compratore, come sorprendere che non si preoccupi della donazione, che almeno ha una certa pubblicità? Il testamento, il solo atto che può essere ignoto a tutti, persino al beneficato, è altresì il solo per cui si è stimato doversi accordare all' erede il massimo privilegio della restituzione. Per tutti gli altri casi la legge ha ragionevolmente

pensato che le circostanze darebbero almeno qualche sospetto, e che la prudenza *più* comune farebbe allora usare del beneficio d' inventario.

È forza dunque riconoscere con gli scrittori e la giurisprudenza, che gli eredi del donante non possano più del loro autore opporre la mancanza di trascrizione (1).

IV. — 666. È quistione molto controversa e delicata, se il donatario posteriore di una cosa già donata e per cui il primo donatario non avesse fatto trascrivere, sia *implicitamente* compreso nella eccezione *del* nostro articolo, ovvero restando nella regola possa opporre il difetto di trascrizione.

Alcuni scrittori insegnano che il secondo donatario possa opporre la mancanza di trascrizione (2).

E in vero questa dottrina sembrava incontrastabile in faccia al nostro articolo, cotalchè non si sarebbe fatta nemmeno discussione, se dovesse decidersi solo secondo *esso*. Attenendoci al nostro articolo, gli è *manifesto* esser compreso nella regola quello cui il donante ha donato una seconda volta l' immobile già ad altri donato; perchè essendo concessionario della stessa proprietà dell'immobile, egli ha dunque interesse ad opporre la trascrizione per conservare un dritto reale. Nè si applica a lui l' eccezione recata alla regola; non essendo egli incaricato di far trascrizione (almeno si suppone) nè avente-causa di una persona obbligata di farlo, nè donante della cosa, nè sottoposto alle obbligazioni di quest' ultimo. — Ma nel nostro titolo trovansi due articoli che si oppongono a tal dottrina, la quale infatti è rigettata dagli altri scrittori e dalla giurisprudenza (3).

I due testi invocati contro il donatario posteriore, e che secondo noi debbono far risolvere la quistione contro di lui, sono gli art. 1070 e 1072 (1026 e 1028). Nel capitolo VI del nostro titolo trattando delle sostituzioni non vietate, il legislatore prescrive (art. 1069 (1025)) che qualunque disposizione gratuita d' immobili fatta col carico di sostituzione fosse trascritta. Questa regola che impone una novella formalità quando la sostituzione sia in un testamento si applica certamente con doppio proposito mercè l'art. 939 (863) allorquando la sostituzione sia in una donazione tra vivi; l'atto in tal caso deve esser trascritto secondo l'art. 1069 (1025) contenendo una sostituzione, e deve esserlo pure secondo l'art. 939 (863) contenendo una donazione. Ma se in questo caso è *prescritto due volte* di trascrivere l'atto, non è prescritto di *trascriverlo due volte*. La trascrizione di un atto essendo la sua copia *intera e letterale* sopra i registri del conservatore, ne conseguita che copiandosi quell' atto in quanto contenga una donazione, si sarà pure copiato in quanto contenga una sostituzione (poichè si sarà copiato per intero) e viceversa. Quindi la trascrizione dell'atto come sostituzione, è altresì la trascrizione di esso come donazione; e quel che la legge dice negli art. 1070 e 1072 (1026 e 1028) intorno agli effetti della mancanza di trascrizione dell' art. 1069 (1025), deve anche applicarsi alla mancanza di trascrizione del nostro art. 939 (863). Ora dichiarano gli articoli 1070, 1072 (1026, 1028) che il difetto di trascrizione potrà esser solamente opposto dai creditori e terzi acquirenti, e non già dai donatari, legatari o eredi; dunque qui sarà il medesimo.

In questo sistema che crediamo esatto, i donatari non saranno respinti dalla *eccezione* del nostro articolo nè avran bisogno di esserlo, non trovandosi nella sua regola. L' articolo *per persone che abbiano interesse* intenderà parlare solo

(1) Merlin (*Rep.*, *Donaz.*, sez. 6 § 3); Grenier (n. 167); Delvincourt, Duranton (VIII 518); Dalloz (sez. 2, art. 5); Poujol (n. 6); Coin-Delisle (n. 15); Tolosa, 20 marzo 1808; Angers, 8 aprile 1808; Colmar, 13 dic. 1808; Tolosa, 11 aprile 1809; Rig., 12 dic. 1810; Cassaz., 4 ottobre 1814.

(2) Grenier (1ª edizione), n. 168); Maleville, Duranton (VIII 513); Delvincourt, Dalloz (art. 5, n. 10); Coin-Delisle (n. 18 e 19); Duvergier (*sopra Toull.*, V-239). Quanto alle due decisioni di Parigi (1808) e di Limoges (1810) che si citano alle volte nello stesso senso, non giudicano la quistione.

(3) Grenier (3ª ediz., n. 168 *bis*); Merlin (Quistione *Trascrizione*, § 6); Guilhon (n. 566); Nimes, 1 dic. 1826; Moin-pellier, 2 giugno 1831.

di quelle che ne abbiano uno abbastanza grave, per cui convenga sciogliersi il dritto acquistato da un altro, cioè uno interesse *a non perdere*, e non un interesse a *guadagnare; di* quelle che contenderanno *de damno vitando*, e non già *de lucro faciendo;* esso insomma indicherà tutte le persone che abbiano un interesse per causa onerosa, e non mai un semplice interesse per causa gratuita.

E qual meraviglia che il nostro articolo per *persone che abbiano interesse* intenda quelle che hanno interesse *a titolo oneroso* quando si scorge che la legge, gli scrittori e i pratici danno per ordinario il nome di *terzi acquirenti* agli *acquirenti a titolo oneroso*, sebbene i donatari sieno pure acquirenti? L' articolo 27 dell' ordinanza del 1731 non accordava l' azione per mancanza di insinuazione *tanto ai terzi acquirenti che ai donatari?* Gli art. 1070, 1072 (1026, 1028) non accordano il dritto ai terzi *acquirenti*, negandolo ai *donatari?* Or poichè parlando degli acquirenti si sottintende a titolo oneroso, perchè non andrebbe anche sottinteso quando il nostro articolo parla di persone che abbiano un interesse? perchè, lo ripetiamo, se è vero che il donatario abbia *interesse*, gli è pur manifesto che sia un *acquirente*. Il quale senso che risulta dagli art. 1070, 1072 (1026, 1028) è confermato dai lavori preparatori del Codice; poichè, come abbiamo di sopra veduto (n. 658 *in fine)*, è stato detto nella relazione al Tribunato, che il dritto di opporre il difetto di trascrizione era *necessariamente* negato *ai donatari*, legatari ed eredi del donante.

667. A respingere questo risultamento, Coin-Delisle e Duranton dicono che gli articoli 1070 e 1072 (1026 e 1028) anzichè potersi mettere in relazione coi nostri per ispiegarli, debbano anzi riguardarsi come eccezione alle regole del nostro capitolo, avvegnacchè sieno stati appunto scritti onde impedire che alle sostituzioni non si applicassero i principî qui stabiliti per le donazioni. Nello antico dritto, si dice, le donazioni erano *insinuate*, e il difetto di *insinuazione* secondo l' articolo 27 dell' ordinanza del 1731 poteva opporsi non che dai creditori e terzi acquirenti, ma altresì dai donatari legatari ed eredi del donante: al contrario le sostituzioni dovevano essere *pubblicate*, e il dritto di opporre il difetto di pubblicazione secondo gli articoli 32 e 34 dell' ordinanza del 1747 era soltanto accordato ai creditori e terzi acquirenti, negato formalmente ai donatari legatari ed eredi. Ora essendo gli articoli 32 e 34 dell' ordinanza del 1747 riprodotti esattamente dagli articoli 1070 e 1072 (1026 e 1028) del Codice, la *trascrizione* dunque di cui parlano questi *articoli*, *non* è voluta nello stesso senso e sotto il medesimo aspetto e cogli stessi risultamenti dell' altra richiesta dai nostri articoli 939-941 (863-865); al contrario le regole sulla trascrizione delle sostituzioni sono eccezioni a quelle relative alla trascrizione delle donazioni.

Ecco una risposta che ci sembra perentoria.

Onde la trascrizione per sostituzione fosse una eccezione a quella per donazione (siccome la pubblicazione era una eccezione rispetto alla insinuazione) sarebbe necessario che la trascrizione per donazione riproducesse la insinuazione, come quella per sostituzione riproduce la pubblicazione; ma questo appunto *non è*. Il difetto di insinuazione poteva opporsi dagli eredi (primo rigore che non presentava la pubblicazione); ma Coin-Delisle e Duranton riconoscono che non può opporsi il difetto di trascrizione per donazione. Il difetto d' insinuazione poteva anche opporsi *dai legatari* (secondo rigore per cui le due formalità si differenziavano); ma *dai due scrittori* è riconosciuto che nemmeno possa opporsi la trascrizione per donazione. Una terza differenza fra la isinuazione e la pubblicazione, un terzo rigore per la prima, è che il difetto dell' una poteva opporsi in fine dai donatari, non potendosi quello di pubblicazione; ma il difetto di trascrizione per donazione può opporsi dai donatari? Questo è *il punto in quistione*. L' argomento di Coin-Delisle e Duranton è dunque un circolo vizioso che resta affatto di

nessun momento. Nè questo solo; ma si rivolge anche contro i suoi autori; imperocchè essendo stati dal Codice soppressi *due* dei *tre* punti che un tempo differenziavano la insizinuazione dalla pubblicazione, non è da presumersi che siesi voluto sopprimere il terzo, e rendere così uguali le due condizioni che erano una volta tanto diverse.

668. Abbiamo detto che nemmeno i legatari possono opporre il difetto di trascrizione; il qual principio è manifesto nella nostra dottrina, ma è similmente ammesso da Duranton (n. 516) e da Coin-Delisle. Pure Duranton ne allega un motivo certo non buono. Egli dice che il donatario il quale ha una azione contro il donante che trasmette ad altri la cosa a lui prima donata. sarebbe quindi creditore contro la eredità di quello (il che è vero); inferendone che egli come creditore potrebbe prendere l'immobile innanzi il legatario, avvegnacchè i crediti si debbano pagare *prima dei* legati. Questo è falso come motivo *generale* di soluzione; perchè un creditore non può opporsi alla esecuzione dei legati se non quando i beni non legati sieno insufficienti a pagare il suo credito. Dunque essendovi nel resto della successione di che pagare il donatario (divenuto semplice creditore), il legatario prenderà l'immobile a cui quello non avrà alcun diritto. Ed anche nel caso particolare in cui si dovrebbero ridurre i legati onde pagarsi i crediti, il donatario potrebbe essere anteposto al legatario, non perchè fosse valida la sua donazione, ma solo come creditore, nè avrebbe maggiori diritti contro il legato dell'immobile a lui donato che contro gli altri legati; essendo nella stessa condizione rispetto a tutti.

Il motivo generale di decidere dunque è quello di Coin-Delisle, cioè che la trascrizione della legge di brumajo applicata qui alle donazioni, era stabilita pei terzi che *avessero contratto* con l'alienante, e quindi un semplice legatario non potrebbe allegarne il difetto, non avendo contratto in nissun modo col defunto. Questa ragione del resto è superflua nel nostro sistema; essendo assurdo che un legatario avesse maggiori diritti di un donatario.

942 (866).—I minori, gl'interdetti, le donne maritate, non saranno restituiti in intero per la mancanza di accettazione o di trascrizione delle donazioni; salvo ad essi il regresso contra i loro tutori o mariti, se compete. Non saranno restituiti nè pure nel caso che i tutori o i mariti fossero insolvibili.

669. Questo articolo si occupa ad un tempo, quanto agli incapaci, della mancanza della accettazione e della trascrizione, che l'ordinanza del 1731 aveva separatamente regolato (art. 14, 28, 29, 32).

I due casi han di comune, che la mancanza dell'una o dell'altra formalità non può esser mai coverta per ragion della incapacità di quello in prò del quale doveva compirsi; quand'anche fosse insolvente la persona obbligata di adempire tal formalità per lo incapace, e contro di cui questi ha una azione. Ma non era questa ragione per confondere le due ipotesi in una medesima disposizione.

Questa unità di disposizione in vero potrebbe far credere che l'azione di cui trattasi si eserciti nei due casi contro le medesime persone; ma sarebbe un errore. L'azione per essersi mancato di adempire questa o quell'altra formalità non può certamente esercitarsi che contro le persone *obbligate* di adempirla; ma l'obbligo di accettare non è imposto a tutti quelli che possono essere obbligati di far trascrivere.

670. Le persone a cui impone la legge l'obbligo di accettare sono: 1° i tutori dei minori o degli interdetti (art. 935 (859), § 2); 2° il curatore *ad hoc* nominato per il sordo-muto che non sappia scrivere (articolo 936 (860), § 2); 3° gli amministratori dei pubblici stabilimenti o di qualunque comunità (art. 937 (861)); queste tre classi di persone sono dunque le sole che

possano esser tenute ad un ristoro per non aver accettato. Ma l'azione per mancanza di trascrizione può sperimentarsi in un maggior numero di casi; prima contro le stesse persone; ma può anche aver luogo; 4° contro i mariti delle donne donatarie (art. 940 (864), § 1); 5° contro i curatori dei minori emancipati (*ibid.*, § 2); 6° contro gli ascendenti che hanno accettato la donazione fatta ad un minore.

Diciamo dapprima che si potrà avere azione per mancanza di trascrizione contro quelli risponsabili di non aver accettato: ci sembra infatti evidente che l'obbligo legale di far trascrivere la donazione è imposto a tutti quelli che sono nella necessità legale di accettare: non è dessa la trascrizione il compimento e il seguito necessario dell'accettazione?

Diciamo pure che l'azione per mancanza di trascrizione sia data contro i mariti, i curatori e gli ascendenti dei minori, sebbene nissuno fra loro sia obbligato di accettare. In fatti l'obbligo di far trascrivere che hanno i mariti delle donne donatarie, e i curatori dei minori emancipati, è scritto formalmente nell'art. 940 (864); e pure essi non hanno *obbligo* di accettare. In vero, che che ne dica Toullier (V-201), non solo essi non sono obbligati di accettare, ma nemmeno hanno il *dritto* di farlo; spettando alla donna, al minore emancipato di accettare essi stessi e in persona colla sola assistenza del marito e del curatore. Quanto agli ascendenti di un minore, egli è incontrastabile che l'accettazione sia per essi facultativa (articolo 935 (859), § 3); ma fatta tale accettazione si sono volontariamente assoggettati al mandato che loro offriva la legge, e la trascrizione, conseguenza di tal mandato, è divenuta obbligatoria per essi.

943 (867). — La donazione tra vivi non potrà comprendere se non i beni presenti del donante: se comprende beni futuri, sarà nulla quanto a questi.

SOMMARIO

I. Questo articolo e i tre seguenti sono conseguenza del principio della irrevocabilità. Non si applicano a tutte le donazioni. Che cosa sia una donazione di beni presenti.

II. Censura di una dottrina di Grenier e di una altra di Coin-Delisle. Osservazione.

I. — 671. Questo coi tre seguenti articoli, siccome abbiamo già detto sotto l'articolo 894 (814), (n. II in fine), sono conseguenze della irrevocabilità voluta da questo ultimo articolo; di modo che, quand' anche questi quattro articoli 943-946 (867-870) fossero tolti dal Codice, nulla sarebbe mutato, restando sempre gli stessi risultamenti in forza della regola stanziata in principio dall' art. 894 (814). Del resto, i nostri quattro articoli non si applicano nè alle donazioni fra conjugi, nè a quelle fatte per contratto di matrimonio (art. 947 (871)). Dunque le regole che qui dobbiamo studiare, son dettate solamente per le donazioni ordinarie, cioè per quelle fatte fuori del contratto di matrimonio e fra persone che non sieno conjugi.

672. La donazione ordinaria onde essere valida, deve prima avere per oggetto beni presenti; essendo assolutamente nulla quella dei beni futuri. Ma fa uopo conoscere ciò che qui propriamente intendasi per *beni presenti* e *beni futuri;* le quali espressioni hanno un senso affatto speciale in materia di donazioni. Così i frutti che il mio giardino produrrà nell'anno prossimo sono beni futuri, non esistendo ancora; similmente i guadagni che ritrarrò in due o tre anni dalla società formata con Pietro; e pure questi frutti e questi guadagni possono validamente essere l'oggetto di una donazione fra vivi. La espressione di beni presenti offre dunque qui un senso più lato che nei casi ordinari, abbracciando tutte le cose, tutti i valori sui quali un do-

nante può conferire immediatamente un *dritto* certo. Ma è necessario perchè vi sia *donazione* di beni presenti, che il donante abbia al presente la cosa e ne trasferisca la proprietà, bastando che egli possa conferire e conferisca in fatti un dritto o *in re o ad rem* che la donazione farà nascere immediatamente, e che non potrà poi essere annullato dal donante.

Così dichiarando di donarvi il quarto dei beni che formeranno la mia successione *ab intestato*, l'atto è nullo come donazione di beni futuri; perchè lasciando anche sussistere la donazione in tutto il suo vigore (come si farebbe se fosse in un contratto di matrimonio), il dritto che ne deriverebbe al donatario non offrirebbe i caratteri da noi indicati; il donante potrebbe (o dissipando tutti i beni che ha, e quelli che potrebbe avere, o trasferendo fra vivi la proprietà di tutti i beni, o anche di tutti disponendo col suo testamento) ridurre a zero la sua successione *ab intestato*, cotalchè il *dritto al* quarto di essa successione si *ridurrebbe* a niente. Così ancora donandovi i frutti che nell' anno prossimo io caverò dal giardino che son deliberato di comprare, o i guadagni che ritrarrò dalla società che debbo formare con Pietro, sarà nulla la donazione, bastando che io non compri il giardino o non formi la società perchè voi non aveste mai diritto a nulla.

Similmente sarà nulla la donazione che vi fo della somma di 20,000 franchi da prendersi dalla mia eredità, o dai beni che avrò da qui a dieci anni; dipendendo da me che nulla vi fosse nella mia successione o nulla io avessi da qui a dieci anni. In questi vari casi, il donante conferisce, o sembra conferire il dritto, riserbandosi il mezzo onde impedire che sorga, o annullarlo: egli dà la cosa con una mano mentre dell' altra la ritiene o può riprenderla; non se ne spoglia, o almeno irrevocabilmente; e siccome *donner et retenir ne vaut*, la donazione è nulla. E nulla assolutamente immediate pienamente; di guisa che quand' anche la eredità di lui fosse ricchissima, quand'anche comprasse il giardino e ne ricavasse moltissimi frutti, o costituita la progettata società ne traesse immensi guadagni, o entro dieci anni possedesse un grosso patrimonio, sarebbe sempre nulla la donazione, e il donatario non potrebbe domandare alcuna cosa.

Donandovi, al contrario, i frutti che nel vegnente anno nasceranno nel mio giardino, io mi sono immediatamente obbligato appena formatosi il nostro contratto; il vincolo di dritto non dipende dalla compra che potrei fare o non fare, ma esiste da ora; io mi lego, non serbandomi alcun mezzo onde sciogliermi.—Senza dubbio può avvenire che il mio giardino non desse alcun frutto nel venturo anno, e quindi cessa il mio obbligo di consegnarvi i frutti, ma non mi sono sciolto da me. Senza dubbio ancora, potrei io stesso e col fatto mio privarvi dei frutti, o distruggendo ogni cosa, o vendendo il giardino, o consumando i frutti; allora mancando alla mia obbligazione, validamente consentita, io mi assoggetto alla necessità di ristorarvi dei danni-interessi. Senza dubbio infine potrei pure, facendo che non possa direttamente eseguirsi la obbligazione, rendere del pari impossibile la esecuzione equivalente coi danni-interessi, col divenire insolvente consumando ogni mia cosa, per modochè cesserebbe il vostro dritto *riducendosi a nulla*.

Ma voi siete ridotto a nulla *in fatto* non *in dritto*, materialmente ma non già giuridicamente; in fatto non potrete aver nulla, ma il vostro credito esisterà in dritto, conservando tutto il suo vigore la vostra azione personale; durerà sempre il mio obbligo, il mio vincolo, *vinculum juris*. Sarà il medesimo che donata una mia casa in piena proprietà, la facessi poi demolire, o la vendessi ad un terzo innanzi la vostra trascrizione.

672 *bis*. Dunque, lo ripetiamo, la donazione di beni presenti non è soltanto quella di beni che appartengano al presente al donante, ma bensì quella con cui il donante conferisca un dritto che al presente esiste, e che non sia libero di rivocare, un dritto al cui conferimento si leghi immediatamente e in modo da non potersi poi disciogliere.

Onde, mentre la donazione di una somma pagabile in dieci o venti anni, o alla morte sarà nulla qualora il donante avrà voluto che essa sarebbe dovuta se si trovasse nel suo patrimonio al tempo indicato (non essendo in tal caso il donante legato immediatamente, e potendo fare in modo che mai non lo fosse); sarà essa valida al contrario, qualora il tempo più o men lontano fosse stato dato come termine del pagamento senza impedire che sorgesse immediatamente l' obbligo. Donandovi 20.000 fr. per pagarvi i quali io prendo un termine più o men lungo, ma costituendomi da oggi vostro debitore, io mi sono irrevocabilmente legato; e sebbene voi dovreste esser pagato alla mia morte, voi da ora avete un credito che non posso annullare *in dritto*, un credito che esisterà sempre e quand' anche fosse insolvente la mia eredità, credito che il mio erede puro e semplice sarebbe quindi obbligato di pagare coi suoi beni personali.

II. — 673. Questa teoria non è adottata da tutti gli scrittori. Grenier (n. 7) opina che la donazione di una somma pagabile a termine non costituisca la donazione di beni presenti nel senso del nostro articolo, che in quanto *immobili presenti sieno specialmente ipotecati con l'atto stesso*; Vazeille sembra che adotti tal dottrina dicendo che sia valida la donazione di una somma pagabile alla morte *se beni presenti si sottopongano al pagamento di essa somma* (n. 2). Ma è questo un manifesto errore rigettato dagli scrittori e dalla Corte suprema, la quale *annullò* (8 luglio 1822) una decisione conforme, per il semplice motivo che il *difetto di sicurtà e di garenzia* sia affatto di nessun momento *per la esistenza del dritto*.

Coin-Delisle (n. 8 a 12) tuttochè condanni la dottrina di Grenier, ne adotta una che non ci sembra nemmeno esatta; insegnando che sarà nulla la donazione di una somma pagabile alla morte, se si fosse fatta nel punto in cui il donante non possedesse la somma donata o beni equivalenti; ed anche se i beni lasciati alla morte non fossero quelli da lui posseduti al tempo della donazione.

Noi non potremmo adottare siffatte idee. Coin-Delisle riconosce insieme a tutti gli scrittori che la donazione dei beni futuri sia stata vietata, perchè il donante fosse legato irrevocabilmente con la sua donazione; ma dacchè la donazione di una somma lega irrevocabilmente per ciò solo che il donante si costituisce al presente debitore, basta ciò per conseguire lo scopo della legge. Coin-Delisle similmente riconosce, come tutti noi essere necessario che l'oggetto della donazione sia una cosa che *al presente esista*, potendo io donare i frutti che spero raccogliere dal mio fondo nell' anno prossimo, o in due, cinque, dieci anni; ma allora perchè non potrei donare una somma sebbene non fosse *al presente nel mio patrimonio;* perchè non potrei costituirmi debitore a titolo gratuito (come lo posso senza contrasto a titolo oneroso), di una somma che spero cavare da oggi a due, sei, otto anni, dalla mia industria e dai miei risparmi? Se posso donarvi i guadagni che potrà procacciarmi una società, cioè il mio travaglio messo in comune, perchè non potrei donar quelli che potrà procacciarmi il mio travaglio solo? In somma donando oggi una somma pagabile in appresso, io non dò propriamente la somma, perchè il donatario non riceve denaro: ma bensì *un credito*, un dritto *ad pecuniam*. Ora essendo il credito presente certo aperto da oggi e differitane solo la esigibilità, vi è donazione di un credito presente, di una cosa presente. Ma per donare un credito non v'ha bisogno di avere beni, questi sarebbero la *garenzia* del dritto; ma come benissimo ha detto la Corte suprema, la garenzia del dritto non è il dritto stesso.

673 *bis*. Non essendo necessario che il donante abbia la somma nei suoi beni, e nè anco una qualche cosa, non si può nemmeno richiedere che al punto della morte si trovino gli stessi beni. Altronde questa seconda idea del nostro dotto collega si confuta ricisamente con la contraddizione che ingenera nelle sue dottrine. Imperoc-

chè se fosse vero, come egli dice, che il creditore a titolo gratuito *non abbia per pegno* come quello a titolo oneroso *tutti i beni del suo debitore*, ma *i soli beni presenti;* se fosse vero, che *la sua azione sia circoscritta sopra i beni posseduti dal donante al tempo della donazione*, ne seguirebbe che il mio donante consumando i beni del tempo della donazione annullerebbe il mio credito, e mi lascerebbe assolutamente senza dritto, cotalchè potrebbe acquistar poi un grosso patrimonio, ed io non potrei più nè durante sua vita, nè dopo la morte reclamare il mio credito già estinto.

Se egli fosse così, sarebbe facile cosa a quello che dona una somma pagabile alla sua morte o in altro tempo, di sciogliersi dallo obbligo di pagare; ma potendo in tal modo sciogliersi, non era dunque irrevocabilmente legato, e se non lo era, la donazione dunque era nulla. E non pertanto Coin-Delisle riconosce insieme a tutti i giureconsulti che sia valida una simigliante donazione! La donazione che immediatamente mi obbliga è valida; se *valida* dunque irrevocabilmente mi lega; se *irrevocabilmente* mi lega, dunque io sarò sempre obbligato, nè potrò mai annullare il credito del mio donatario; ma esistendo sempre il credito del mio donatario, checchè io possa fare, egli potrà dunque (venuto il tempo del pagamento), farsi pagare in qualunque tempo sopra i beni che io possederò o che si troveranno nella mia eredità, o che possederà il mio erede puro e semplice; dunque è falsa la pretensione che il donatario sarebbe senza dritto sopra i beni lasciati alla mia morte, perchè dessi non sarebbero più quelli che io possedeva al tempo della donazione.

674. Potrà spesso esser difficile secondo i termini dell'atto il conoscere se alcuno che doni una somma pagabile alla sua morte o dopo abbia voluto costituirsi debitore e conferire al donatario un credito puro e semplice, di cui solo la esecuzione fosse ritardata (nel quale caso la donazione sarebbe valida, come di beni presenti) o ritardare l'apertura stessa del dritto dando al presente una semplice speranza che diverrebbe credito certo in quanto esistessero sufficienti beni al tempo indicato (nel qual caso la donazione sarebbe nulla, come quella che attribuisse una cosa futura). Di certo sarebbe questo un punto di fatto, una interpetrazione di convenzione lasciata al criterio dei tribunali. Nel dubbio del resto dovranno piuttosto scorgere un credito presente, e di cui è solo differito il tempo del pagamento, dovendo gli atti intendersi nel senso che loro danno un effetto, anzichè in quello che li farebbe annullare.

Facciamo osservare da ultimo che la disposizione del Codice qui è meno rigorosa di quella dell'ordinanza. Questa (art. 15) annullava per intiero qualunque donazione che comprendesse i beni futuri; il nostro articolo al contrario dichiara che la donazione ad un tempo di beni presenti e di futuri resterà valida pei primi (1).

944 (868). — Sarà nulla qualunque donazione tra vivi fatta sotto condizioni, la cui esecuzione dipende dalla sola volontà del donante.

SOMMARIO

I. Il principio della irrevocabilità vieta che la donazione si assoggetti non che alle condizioni che stanno nella volontà del donante, ma altresì a quelle che dipendono da essa volontà.

II. Rimando per le altre condizioni di cui la donazione sia, o pur no capace.

I. — 675. L'art. 1170 (1123) chiama condizione potestativa, quella che fa dipen-

(1) Abbiamo già detto che i diversi articoli della ordinanza sono riferiti sotto i corrispondenti articoli del nostro titolo, *nel Codice Tripier.*

dere l'esecuzione da uno avvenimento che è in facoltà dell'una o dell'altra parte contraente di far succedere od impedire; e l'articolo 1174 (1127) dichiara nulla qualunque obbligazione quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si obbliga. Sembra dunque a primo aspetto che il nostro articolo sia una pura e semplice applicazione di quella regola generale; e ciò difatti insegnano Vazeille (n. 1) e Coin-Delisle (n. 1). Ma questo è un errore, e bisogna dire con Demante (II-314) e Zachariæ (II, p. 297) che la regola speciale del nostro articolo offra un altro senso, e sia gran fatto più severa di quella generale dell' art. 1174 (1127). Non è ciò evidente? L'art. 1174 (1127) dichiara nulla ogni obbligazione, ogni legame formato nel caso di cui si tratta; perchè infatti è desso un legame nominale derisorio, e che non può nemmeno concepirsi come serio. Ma se nel caso dell'art. 1174 (1127) nissun legame può formarsi, la nullità della pretesa obbligazione è dunque assoluta, e senza alcuna eccezione; quindi se il caso del nostro articolo 944 (868) rientrasse in quello dell'articolo 1174 (1127) e se la sua regola fosse applicazione di quel principio, esso non potrebbe ammettere nemmeno alcuna eccezione; non potrebbe mai farsi alcuna specie di donazione contro la sua regola. Ma non è così, dichiarando l'art. 947 (871) che il nostro articolo non si applichi nè alle donazioni per contratto di matrimonio, nè a quelle fatte fra coniugi.

Pertanto nell' art. 1174 (1127) si tratta di una regola che la forza stessa delle cose rende essenziale alla formazione di qualunque obbligazione, e all'infuori di essa non può immaginarsi alcun legame di dritto. Sotto il nome di condizione *potestativa* l'art. 1174 (1127), come si vedrà nella sua spiegazione, comprende quella che passa unicamente nel capriccio e nella fantasia di alcuno, ma non già qualunque condizione che dipenda dalla sua volontà, onde l' articolo dichiarerebbe nulle le clausole: « Io mi obbligo a pagarvi 5,000 franchi se mi piace, a fabbricare la vostra casa se lo trovo commodo, a darvi in un anno il mio cavallo se non mi dispiace. » Ma saran valide queste altre: « Io mi obbligo a pagarvi 5,000 franchi di danni ed interessi se pianto o fabbrico rimpetto la vostra casa, o stabilisco nel vostro quartiere un commercio che faccia concorrenza col vostro, o se non sarò più vostro commesso innanzi che passi l'anno ». Difatti nel primo caso non vi ha vincolo, dicendosi: « Mi obbligo, ma *non mi obbligo*, sarò obbligato *se voglio* » mentre nel secondo vi ha un serio legame. — Il nostro articolo 944 (868), al contrario, vuole non *solo* che il donante si obblighi seriamente, *ma irrevocabilmente*, e in guisa da non potere per alcun modo disciogliere in appresso il legame impostosi; la legge qui fa prevalere non più il dritto comune, la ragione, la natura delle cose, ma il principio tanto rigoroso per eccezione della irrevocabilità della donazione. Si tratta qui dunque non solo delle condizioni che consistono propriamente nel capriccio e il piacere di colui che si obbliga, ma di tutte quelle altre che sta in suo potere di compiere o pur nò.

Così io vi do la mia casa per divenir vostra entro due anni, se da ora a quel punto io mi ammoglio o pur nò; ovvero vi fo proprietario immediatamente, ma la proprietà sarà revocata e la donazione come non avvenuta se mi ammoglio o pur nò; io vi dono se non sarò più vostro commesso, se comprerò la tal cosa, abbraccerò quello stato, ovvero vi dono immediatamente, ma la donazione sarà revocata, se compio uno di questi fatti. In tutti questi ed altri simiglianti casi, la donazione è nulla. E nel caso in cui il donante avrebbe detto se sposo quella determinata persona, se ottengo quel posto o quel titolo, la donazione potrebbe dichiararsi pur nulla, ma non lo sarà sempre. I tribunali valuteranno la quistione di fatto: essendo certo che dal punto della donazione la donna e il posto o il titolo fossero a un dipresso a disposizione del donante e che egli facilmente potrebbe ottenerli, sarebbe nulla la donazione, essendosi il donante legato con ri-

servarsi un mezzo onde sciogliersi; se al contrario l' ottenerli dipendesse veramente dall'evento, non stando più al donante di compiere la condizione, la donazione sarà valida.

II. — 676. Esamineremo più innanzi (articolo 951 (876), n. V) se vi sieno altre condizioni diverse da quelle indicate dal nostro articolo che non possano apporsi alla donazione fra vivi; e sapremo di quali condizioni sia capace la donazione.

945 (869). — Sarà parimente nulla, se è stata fatta sotto la condizione di soddisfare ad altri debiti o pesi, fuori di quelli che esistevano all' epoca della donazione, o che fossero espressi, sia nell' atto di donazione, sia nello stato che dovrà esservi annesso.*

677. In questo articolo non si tratta, come nel precedente, di *condizioni* propriamente dette, ma di carichi, di obblighi imposti al donatario. Il donante può imporre al donatario quelle obbligazioni che vorrà, ma non deve perciò riserbarsi un mezzo onde scemare o annullare a suo libito la liberalità, essendo il medesimo che donare e ritenere, e quindi l'atto non varrebbe.

Così io posso donarvi il mio podere col *carico* di pagarmi i debiti presenti, e la donazione non che l'obbligo che contiene son valide; se i miei debiti ammontino a 50,000 franchi, e il mio podere valga 80 mila, io vi dono 30,000 franchi. Sarebbe similmente valida la donazione se vi imponessi l' obbligo di pagare carichi futuri (per modo di esempio, il prezzo della casa che fo fabbricare, i debiti che potrò avere entro dieci anni, o che lascerò alla mia morte, o i legati di somme che potrò fare); ma allora bisogna che l' atto di donazione o uno stato che vi si allighererebbe faccia conoscere immediatamente il totale valore dei carichi, che vi sono o potranno esservi imposti, affinchè non fossi libero di crescerli dopo, e di rivocare così in tutto o in parte la mia liberalità. Per modo di esempio, se il prezzo della casa che fo fabbricare, e che dovrete pagare è stabilito per 50,000 fr., ovvero se fino a tal somma io vi obbligo di pagare i miei debiti futuri o i legati che farò, valendo il podere 80,000, io vi do nè più nè meno che 30,000. Se al contrario fosse detto nella donazione che voi pagherete la mia casa, i miei debiti futuri o i miei legati, non indicandosi alcuna somma, sarebbe nulla la donazione; potendo io far debiti legati o spese di fabbrica che pareggino il valore della cosa donata, e ridurre così al nulla la donazione, cotalchè non vi sarebbe attribuita irrevocabilmente alcuna parte della donazione.

Dunque avendo stipulato il dritto di imporvi carichi illimitati, la donazione sarebbe nulla per lo intero; e certamente quand' anche non avessi fatto dopo la donazione nè debiti nè legati; perchè potendo io farne, io aveva donato e ritenuto, e non vi era vincolo irrevocabile. Similmente, allorchè donandovi un valore di 80 mila franchi ho stipulato il dritto di farvene pagare in appresso 50,000, io vi ho donato irrevocabilmente solo 30,000; non può dunque la donazione valere che per tal somma, e quand' anche non vi facessi pagare che 20 o 10,000 o pur nulla, la donazione sarebbe sempre nulla pei 50,000 franchi, non essendovi stato vincolo irrevocabile; e questi 50,000 alla mia morte apparterranno ai miei eredi.

678. Del resto il nostro articolo non tratta dell' obbligo che ha un donatario di pagare i debiti presenti o futuri del donante che in quanto espressamente gli è stato imposto con la donazione, e per conoscere se tale obbligo annulli o pur no la liberalità; non occupandosi affatto di spiegare se e in qual modo l' obbligo di

* La mancanza dello stato de' debiti non induce la nullità della donazione de' mobili. — Corte suprema di Napoli 25 luglio 1835. (cam. riun.).

pagare tutti o parte dei debiti presenti potesse risultare di *pieno dritto* dalla donazione. Questa quistione, non preveduta in nissun luogo dal Codice (e che non può altrimenti risolversi che per analogia degli articoli 1003, 1009, 1010, 1012 e 1024 (929, 935, 964, 966, 979) è stata da noi sciolta sotto l' art. 612 (537) (*Vedi* anche art. 1626 (1472), VII, § 4).

946 (870). — Nel caso che il donante si abbia riservata la facoltà di disporre di una cosa compresa nella donazione, o di una determinata somma su i beni donati, se egli muore senza averne disposto, la cosa o la somma apparterrà agli eredi del donante, non ostante qualunque clausola e stipulazione contraria.*

679. Dichiarando un donante di riserbarsi il dritto di disporre in appresso di una parte di ciò che ha donato, egli non spogliasi irrevocabilmente di tal parte, donandola e ritenendola insieme; e quindi è nulla la donazione per ciò che è stato riserbato.

Ed essendo nulla la donazione per tal parte, non monterebbe dunque che il donante morisse senza disporne; la cosa che non è stata validamente donata sarebbe sempre rimasta in proprietà del donante, e alla morte di lui apparterrebbe ai suoi eredi, non al donatario. Se il donante si fosse riserbato il dritto di disporre di una determinata somma da prendersi sopra i beni donati, la porzione dei beni che rappresenta tal somma non essendo validamente donata, resterebbe proprietà del donante. Se egli si fosse riserbato un dritto di disporre illimitatamente, la donazione sarebbe nulla per lo intero. Così se « io vi dono il mio podere riserbandomi il dritto di gravarlo di una rendita vitalizia in vantaggio di mia madre » la donazione è affatto nulla, non essendomi spogliato irrevocabilmente, perchè questa rendita benchè vitalizia io posso costituirla molto forte, onde il capitale che la rappresenterebbe pareggiasse o eccedesse il valore del podere.

E con ragione dice il nostro articolo che la cosa andrebbe così, malgrado qualunque clausola contraria. Infatti qualunque sieno le espressioni usate dal donante, la nuova donazione sarà sempre nulla, essendo soggetta a tal condizione: *Se io non ne dispongo*, la quale dipende dal volere del donante.

680. Ma perchè la riserva stipulata dal donante annulli la donazione in ordine a ciò che è stato riservato, fa uopo che il dritto di disporre qual' esso è scritto nella donazione dipenda unicamente dalla volontà del donante, e non da tal circostanza che non stesse a lui di far succedere. Onde « io vi dono la mia casa e il mio podere riservandomi di disporre della casa in favore di mia sorella se va a marito ». Se mia sorella non si marita, il che non dipende dalla mia volontà, io non avrei mai avuto *la libertà di disporre* della casa, e quindi apparterrà a voi tanto questa, che il podere. Quando mia sorella si marita, io riprendo il mio dritto di disporre della casa, e non sono più legato, e quindi la donazione è nulla quand' anche non disponessi della casa.

In altri termini riserbarsi il dritto di disporre della cosa che si dava, vale il medesimo che cancellar la donazione già fatta risolvendo di una mano quello che con l'altra si è fatto; dunque stipulando questo dritto assolutamente e senza condizione io risolvo e rompo allora la donazione. Ma se stipulo tal dritto sotto una condizione, io fo una donazione risolubile per essa, cioè una donazione sotto condizione risolutiva; e purchè essa non dipenda dalla mia volontà, la donazione sarà valida fino a quando

* Riservato alla donataria nell'usufrutto il diritto di disporre della proprietà per un dato valore, ove non ne abbia disposto, rimane nel di lei asse ereditario, e non già che la proprietà rimanga integra nelle mani della donataria della proprietà. — Corte suprema di Napoli, 4 novembre 1852.

si risolverà per l'avverata condizione. Così nell'esempio sopra riferito è come se vi avessi detto: « io vi dono la mia casa, ma se mia sorella andrà a marito la donazione sarà nulla ».

Queste regole sono state conservate da una decisione di Aix del 7 o 17 termidoro anno XIII essendosi un donante riserbato il dritto di gravare i beni di una rendita vitalizia in favore della moglie caso che gli sopravvivesse, ed essendo ella morta prima, la Corte dichiarò con ragione valida la donazione per l'intero.*

947 (871).—I quattro articoli precedenti non si applicano alle donazioni, delle quali si fa menzione ne' capitoli VIII e IX di questo titolo.

681. Le donazioni fatte per contratto di matrimonio o fra conjugi restano valide quand'anche abbiano per oggetto beni futuri o sieno fatte sotto condizioni che dipendano dalla volontà del donante, o impongano al donatario l'obbligo di soddisfare carichi futuri e indeterminati, ovvero lascino al donante il dritto di disporre in appresso delle cose donate; cioè che non si applichi ad esse la regola rigorosa della spossessamento irrevocabile, e restano per tal rispetto soggette al dritto comune.

948 (872).—Qualunque atto di donazione di cose mobili non sarà valido se non per quelle delle quali uno stato estimativo sottoscritto dal donante, o dal donatario, ò da chi accetti per lui, sia stato unito alla minuta della donazione.**

SOMMARIO

I. Perchè e in quali donazioni sia necessario lo stato estimativo.—Dissenso con Duranton.
II. Qual dev' essere la forma dello stato estimativo.
III. Questo stato diviene inutile insieme con l'atto stesso essendovi tradizione e trattandosi di mobili capaci di acquistarsi mercè di essa.

* Troplong, *Donazioni e testamenti*, n. 1225 e 1226.

Secondo Grenier e Toullier, il nostro articolo è suscettivo d'una restrizione, « e non deve intendersi che del caso d'una riserva assoluta ed indefinita sugli oggetti donati. Ma, se si trattasse di una riserva eventuale che concernesse un terzo e che per l'avvenimento non potesse più aver luogo, nè il donante, nè i suoi eredi potrebbero prevalersene contro il donatario per domandare una riduzione sulla donazione ». A mo' d'esempio, se la donazione contenesse la facoltà di disporre di 20,000 franchi in favor della moglie del donante pel caso ch'egli premorisse, e la moglie morisse prima del donante, questa riserva sarebbe estinta in favor della donataria.

Questa opinione di Grenier e di Toullier non è ammissibile: la riserva di disporre produce gli effetti determinati dal nostro articolo, o sia condizionale o sia assoluta.

Invano citano i due autori un arresto della Corte di Aix; che questa Corte non si è punto decisa pel motivo che Grenier e Toullier han creduto dover recare a principio. Nella specie trattavasi d'una donazione, nella quale il donante s'avea riservato il dritto di costituire alla sua vedova, nel caso che gli sopravvivesse, una rendita vitalizia di 700 fr. La Corte considerò che la riserva di stabilire una pensione vitalizia non era che un onere sui frutti dei beni donati, che era una riserva della rendita, e non del fondo, la quale punto non impediva che la donazione fosse valida pei beni donati, a quella guisa che altri può donar una cosa e staccarne lo usufrutto, sia a suo proprio favore, sia d'un terzo.

L'avvocato notò che il donante poteva con la donazione medesima assicurar questa pensione di 700 fr. alla moglie, senza manomettere la proprietà delle cose donate. Vero è, diceva, che non si ha riservata se non la facoltà di farlo posteriormente; ma la facoltà di farlo non può produrre un effetto diverso dallo stesso atto. L'atto e la facoltà, non riflettendo la nuda proprietà, ch'è l'oggetto attuale della donazione, non vi fanno eccezione di sorta. Nulla ritiene il donante di questa nuda proprietà che intera trasferisce: il dominio utile su cui stipula, è suo; ei non fa che ritardar l'istante in che sarà riunito al dominio diretto.

Cotesti motivi son pure irrecusabili, ovechè la distinzione di Grenier e di Toullier potrebbe schiuder l'adito a gravi abusi ed occasionar un'interpetrazione contraria a senso dell'art. 948 (872).

** Per la validità della donazione di un credito non è richiesto lo stato estimativo.—Corte suprema di Napoli 1 maggio 1851.

I.—**682.** In una donazione di beni mobili il donante che non se ne spoglia immediatamente sarebbe libero di scemare a suo libito la donazione se gli oggetti donati non si determinino particolarmente; così dichiarando di donarvi la mia biblioteca o la mia quadreria io potrei subito dopo scemarle di metà o di più, se non si annotassero le opere dell'una, o i quadri dell'altra. Il donante dunque darebbe riserbandosi un mezzo materiale e facile onde ritenere; conseguentemente non potrebbe esser valida la donazione. È questa la precipua ragione per cui fu stabilita la regola del nostro articolo. tolta pure dall' ordinanza del 1731.

Ciò fa comprendere non essere scritto il nostro articolo pei doni manuali.

Il donatario infatti si mette subito in possesso delle cose che si danno di mano, non ha quindi il donante alcun mezzo onde attaccare la donazione fatta. Di più il nostro articolo non dice che *qualunque donazione* di effetti mobili dovrà farsi con un atto accompagnato di uno stato estimativo ma solo che *qualunque atto* che porti donazione di effetti mobili dovrà esserne accompagnato. Il nostro art. 948 (872) è così in piena armonia con l' articolo 931 (855) il quale dice non già che *tutte le donazioni* dovranno farsi per atto pubblico, ma che tutti gli atti che portino donazione dovranno essere fatti da notaro; entrambi non dicono per quali donazioni l' atto sia necessario, e noi abbiam veduto che desso non sia voluto pei doni manuali delle cose capaci di acquistarsi con la semplice tradizione.

Così il nostro articolo, specialmente per effetto del principio della irrevocabilità vuole per la donazione di cose mobili fatta per atto uno stato dei mobili donati. Gli è vero che tale stato è sembrato utile anche per far conoscere esattamente lo ammontare della donazione, 1° nel caso di collazione fra coeredi; 2° nel calcolo a fare dei beni donati per istabilire la riserva, della quota disponibile e della riduzione se fosse bisogno; 3° nel caso di revocazione legale (art. 953 (878)), o di ritorno legale o convenzionale (art. 747-951 (670-876)); 4° nel caso che il donante si riservi l' usufrutto (art. 950 (874)). Dippiù il nostro articolo vuole che lo stato sia estimativo mentre ciò non avea richiesto l'ordinanza. Ma tali risultamenti di cui la utilità è stata riconosciuta dalla legge, e che si sono voluti conseguire per quanto si può, non sono sembrati indispensabili: di che è prova che la legge non ha stimato dovervi assoggettare i doni manuali, nei quali bisognerà fare a meno dello stato estimativo, bastando quella dei periti fatta immediatamente o anche una stima per voce pubblica.

683. Del resto, lo stato estimativo è necessario per tutte le donazioni, tanto per quelle che si fanno i conjugi o per contratto di matrimonio che per le altre. per quelle a titolo universale, o di oggetti particolari, non facendo distinzione il nostro articolo. — Duranton, invocando l'autorità di d'Argentrè e di Toullier, insegna altramente, pretendendo (VIII-412) che in una donazione di una parte aliquota dei beni presenti, lo stato estimativo non debba essere domandato, non potendosi ragionevolmente volere che il donante faccia l' inventario di tutti i suoi mobili: che in vero egli potrà così alterare gli effetti della donazione quanto ai mobili, potendoli distornare, se non chè il donatario può prevenire tale inconveniente affrettando il rilascio. Ma primieramente, rimuoviamo l' autorità di Toullier e d' Argentrè (che in ogni caso non sarebbe una ragion di decidere) perchè nè l'uno nè l'altro trattano la quistione; essi dicono soltanto non potersi costringere un donante a fare (a fin di determinare la porzione dei debiti che dovrebbonsi pagare dal suo *donatario* di una quota) uno stato di tutti i suoi beni, e del denaro e dei crediti, in una parola tutto il suo bilancio.

Vi ha qui altronde qual cosa maggiore dell'opinione dei due celebri giureconsulti, ed è la legge, la quale vuole come regola ferma la irrevocabilità dello spossessamento del donante, e dichiara a più non potere nei nostri articoli, esservi nullità per tutto quello che il donante si è riserbato per qualunque mezzo di non rilasciare al do-

natario; ma poichè questo mezzo di alterare la donazione esisterebbe pei mobili se *non* fosse fatto lo stato, la donazione fatta senza esso sarebbe dunque nulla (1).

Nissuno dubita che lo stato estimativo non sia necessario per le donazioni fatte nel contratto di matrimonio come per le altre, perchè l'art. 947 (871) dispensandole dall' applicazione dei quattro articoli 943-946 (867-870) non le dispensa punto dall'applicazione del nostro. Ma le donazioni fra conjugi secondo che Duranton (n. 410) opina, non van soggette alla necessità dello stato estimativo, essendo elle rivocabili.— Se la irrevocabilità delle donazioni ordinarie fosse il solo motivo per cui sia stato necessario lo stato, questo argomento potrebbe comprendersi; ma riconoscendo Duranton medesimo che quello è *uno dei motivi* che abbian determinato il legislatore siccome più sopra abbiam veduto, l' argomento divien nullo. D' altronde siamo sempre in faccia a questa idea decisiva, che le donazioni fra conjugi come quelle fatte per contratto di matrimonio essendo dall' art. 947 (871) dispensate dall' applicazione dei precedenti quattro articoli e non già del nostro, questo dunque deve applicarsi ad esse come a tutte le altre (2).

684. Dunque le donazioni per contratto di matrimonio e quelle fatte fra conjugi son soggette alla necessità dello stato estimativo come tutte le altre, salvo un' importante osservazione. Queste donazioni a differenza delle ordinarie possono aver per oggetto beni futuri; ma uno stato estimativo per la forza stessa della cose non può farsi quanto ai mobili che esisteranno alla morte del donante. Dicendosi che lo stato è necessario s' intende solo per le donazioni dei beni futuri. Del resto essendo necessario lo stato estimativo pei beni mobili, non lo sarebbe per le cose attaccate ad un fondo per rimanervi perpetuamente, è che sarebbero con esso donate, essendo tali cose *immobili* per destinazione. Ma sarebbe necessario lo stato tanto pei mobili incorporali che pei corporali, non distinguendo la legge.

II. — 685. La legge non impone alcuna forma particolare all' atto che richiede; esso può dunque farsi o con atto autentico o con iscrittura privata. L' atto autentico sarebbe necessario quando una delle parti non sapesse sottoscrivere. In tutti i casi l' atto deve essere allegato alla minuta della donazione.

Egli è evidente che invece di fare un atto separato, e poi alligarlo alla minuta della donazione, si potrebbe mettere nell' atto stesso di donazione la designazione e lo stato voluti dalla legge; essendone più difficile la perdita che quando si fa in un atto che va poi alligato. Ma basterebbe forse che l' atto di donazione rimandasse ad un atto anteriore, per modo d'esempio, ad un inventario che contenesse la enumerazione e la stima degli oggetti? Non dubitiamo di rispondere di no, non ostante la decisione contraria della camera dei ricorsi. La donazione non facendosi per un semplice dono manuale, è un atto di puro dritto civile che può aver vigore quando si compiano tutti i dettami della legge; ma il nostro articolo vuol formalmente che lo stato sia annesso all' atto di donazione. Non si può dunque esser dispensato di questo alligato, come non lo si è dello alligato della procura autentica quando l'accettazione sia stata fatta da un procuratore (3).

III. — 686. Lo stato estimativo, come abbiam veduto, non è punto necessario pei doni manuali; gli è un punto su cui son tutti d' accordo. Ma da ciò bisogna inferire che il difetto di tale stato non potrà essere opposto, e che la nullità che ne deriva sarà coverta perchè vi sia stata la tradizione degli oggetti?

Toullier (V-180) Duranton (VIII-405) e Coin-Delisle (n. 23) rispondono di sì, per-

(1) Coin-Delisle (n. 6); Rig. 16 luglio 1817.

(2) *Conf.*, Toullier (V-917); Guilhon (1025); Vazeille (n. 9); Poujol (n. 8); Coin-Delisle (n. 12); Rig., 16 luglio 1817; e anche la seconda edizione di Grenier (n. 456 *bis.*); che aveva profferito l' avviso contrario nella prima.

(3) Vazeille (n. 2); Coin-Delisle (4° 19); Riom (15 luglio 1823, e 22 gennaro 1825).—Contra, Ricorso (11 luglio 1831).

chè la donazione fatta da prima con atto diviene mercè la tradizione un dono manuale, che non ha bisogno di titolo, facendone vece il possesso. Questa soluzione combattuta da Delvincourt e Vazeille (n. 8) ci pare esatta. Osservate che noi non diciamo, come Toullier, che la donazione nulla sia stata confermata dall' esecuzione volontaria; avendo di sopra stabilito, che non possa farsi tal pretesa conferma. Non diciamo nemmeno come Duranton, che l'articolo 868 (787) dichiarando che la collazione dei mobili si farà secondo il valore indicato nello stato estimativo, *o in difetto di esso* secondo quello che farà conoscere la stima dei periti, supponga una donazione diventata valida per la tradizione che ha seguito l' atto fatto senza stato estimativo; essendo aperto che l'articolo potrebbe solo parlare di difetto di stato quanto ai doni manuali fatti senza atto. Noi ci fermiamo a questo argomento decisivo, che la donazione di cose mobili fatta prima con atto e che sia nulla per difetto di stato estimativo, si tramuta, per il rilascio delle cose capaci di acquisto mercè la tradizione, in semplice dono manuale valido come tale senza aver bisogno nè dello stato estimativo nè dell'atto stesso di donazione.

Vazeille, onde combattere questa conclusione dice, una cosa essere la rimessa di cose fatta con lo intendimento di costituire il dono manuale, ed altra cosa quella che si fa nello intendimento di eseguire una donazione già fatta con un atto ; quando vi è realmente dono manuale, essere validissimo; ma essendovi solo esecuzione di una donazione per atto, questa esecuzione che si è fatta in forza di un atto nullo, essere similmente nulla. Egli aggiunge che se il legislatore avesse avuto l'idea che noi abbracciamo, avrebbe conservato la restrizione per cui l'ordinanza del 1731 riduceva la nullità per difetto di stato al caso in cui non vi era tradizione reale; ma al contrario le parole *se non v'è tradizione reale* riprodotte prima dal progetto, sono state rigettate dal consiglio di Stato , il quale sullo avviso di Tronchet ha voluto lo stato estimativo in tutti i casi, acciocchè servisse a determinare la riserva degli eredi (Ved. Fenet, 12, pag. 373).

Queste ragioni non son certo inefficaci; ma pur non ci convincono. E primieramente, quando un donante, fatto un atto di donazione di oggetti mobili nullo per difetto di stato estimativo, rilasci al donatario gli oggetti in tal modo donati ; egli è il vero che a parlar rigorosamente dovrebbe riguardarsi meglio come quello che esegue la donazione fatta nell'atto pubblico, che come quello che faccia ora *la donazione*; ma tal distinzione non è più *nelle* parole che nelle cose? perchè alla fine eseguendo egli di sua volontà ha dunque persistito fino a quel punto, ed ha anche al presente lo intendimento e la volontà di attribuire al donatario la proprietà di tali cose. Se non che rilasciandole con la volontà attuale che il possessore le abbia come a proprietario, e trattandosi d'altra parte di cose che si trasferiscono con la semplice tradizione, egli dunque *effettua* il trasferimento in quel punto quando non vi sia stato dianzi.

Indarno si direbbe che egli avendo già donato le cose non poteva ritenersene ancora proprietario quando le rilasciava ; e quindi non avere l'intendimento di trasferirne allora la proprietà. Questa obbiezione è di nessun momento. Imperocchè primieramente gli uomini volgari non potrebbero avere idee ben precise intorno a questo punto cioè, se la proprietà dei beni mobili si trasferisca col consenso che forma il contratto, ovvero con la tradizione, *disputando* intorno a ciò i *giureconsulti*, e non essendo d' accordo se *ai mobili* si applichi come agli *immobili* il novello principio di trasferirsi la proprietà mercè il solo consenso (1). D'altra parte, quand' anche il donante pensasse non essere più proprietario delle cose che rilascia, non è suo intendimento, nel rilasciarli, di perfezionare e compire la sua donazione, cioè di far produrre alla sua tradizione tutti gli effetti

(1) Vedi la spiegazione dell'art. 1141 (1095). Toullier (IV-61). Duranton (X-431).

di cui può essere capace? dunque se tal tradizione può effettuare il trasferimento della proprietà (perchè non si è fatta prima) il suo intendimento implicito è di fare quel trasferimento. In breve, il donante intende necessariamente far la sua tradizione tanto efficace quanto gliel consentono le circostanze; e potendo qui farsi la trasmissione stessa della proprietà (e che è anzi necessario perchè la tradizione non fosse un atto nullo) avrà dunque effetto questa trasmissione che per lo meno sta implicita nella mente del donante, e che altronde è permessa dalla legge (Rig., 23 maggio 1822).

Questa teoria non è per nissun modo avversata da ciò che è avvenuto nel consiglio di Stato. Essendo dal Codice permesso il dono manuale e senza atto, tutti i casi per cui il consiglio di Stato ha creduto necessario che si annettesse *all'atto* lo stato estimativo, debbono essere *tutti i casi* nei quali sia necessario *quest'atto* medesimo: essendo la mia donazione fatta e perfetta *senza l'atto*, non si può pretendere *che quest' atto* sia accompagnato dallo stato.

Nè si dica che noi così rendiamo inefficace la soppressione fatta dal consiglio delle parole: *se non vi sia tradizione reale*; che il nostro articolo con tal soppressione dice evidentemente che l'atto di donazione di beni mobili debba essere accompagnato dallo stato *quand'anche vi sia tradizione reale;* che quindi la donazione dei mobili può solamente farsi con la semplice tradizione, e senza stato, quando non vi sia stato atto, ma non quando vi è stato prima un atto seguito poi dalla tradizione; che confermare con la tradizione la donazione fatta senza stato ma con un atto, vale il medesimo che cancellare questa idea anche *quando vi sia tradizione reale.*—Ciò sarebbe vero, se con la tradizione e senza stato nè atto si dovessero tutte le cose mobili donar validamente; ma non è così; essendovi tali mobili pei quali la tradizione non può mai formar la donazione. Per essi avrà effetto il mutamento fatto dal consiglio di Stato; per essi essendo necessario l'atto, lo sarà altresì lo stato, quand' anche vi sia tradizione. Di più i crediti sopra i terzi, le rendite sopra lo Stato o sopra i particolari, i biglietti non pagabili al latore, in breve quasi tutti i mobili incorporali dovendo esser donati per atto pubblico, e non mai di mano in mano, l'atto non sarà valido per essi, e quindi la donazione. quand'anche avesse avuto effetto la tradizione, avrà solo compimento mercè lo stato voluto dal nostro articolo.

687. Dunque per riepilogare tutte le regole espresse o tacite del Codice diremo; 1° Le donazioni di *immobili* corporali, o incorporali per natura o per destinazione non possono farsi altrimenti che con atto pubblico, ma senza bisogno di stato; 2° Le donazioni di *mobili* capaci di acquistarsi col semplice possesso, possono farsi o con l'atto accompagnato da uno stato, o dalla semplice tradizione; 3° in fine le donazioni di altri mobili non possono farsi che per atto pubblico accompagnato dallo stato.

949 (873).—È permesso al donante di riservare per se, o a vantaggio di un altro, il godimento o l'usufrutto dei beni mobili o immobili che ha donati.

688. Questo articolo era inutile nel Codice; essendo manifesto che non vale *donare e ritenere* lo attribuirvi la nuda proprietà del mio podere, riserbandomi o donando ad altri l'usufrutto. La cosa donata allora non è il podere, cioè la piena proprietà di esso, ma solo la sua nuda proprietà; ma è evidente che io nulla ritenga, nissun mezzo mi riserbi onde nulla riprendere della cosa donata, di questa *nuda proprietà*, serbandomene *l'usufrutto*. Sarebbe altramenti, se dichiarassi di donarvi il mio podere ossia la piena proprietà di esso, riserbandomi di riprenderne più innanzi il godimento o per me o per altri. In questo caso, io mi riserberei invero di riprendere più innanzi una parte della cosa donata; e quindi sarebbe nulla

la donazione quanto ad essa, quanto all' usufrutto secondo l' articolo 946 (870).

950 (874). — Quando la donazione dei beni mobili sia stata fatta con riserva di usufrutto, venendo questo a cessare, sarà tenuto il donatario a ricevere le cose donate, che esistono nella loro specie, nello stato in cui si trovano, ed avrà azione contra il donante o suoi eredi per le cose che mancano, sino alla concorrenza del valore che fu determinato nello stato estimativo.

689. Nissuna difficoltà offre la prima parte di questo articolo; essendo chiaro che il donatario della nuda proprietà dei beni mobili deve alla morte del donante rimanerne usufruttuario, prendere i beni *nello stato in cui si trovano*, non potendo pretendere alcun ristoro per li deterioramenti prodotti dall' uso. È questa l' applicazione della regola di dritto comune stanziata per qualunque nudo proprietario nell'art. 589 (514). Senonchè bisogna certamente compire il nostro articolo con questo, riconoscendo al donatario il dritto di domandare il ristoro per li deterioramenti che ei proverebbe provenissero per colpa del donante.

Ma la seconda parte dell'articolo potrebbe un poco imbarazzare. Potrebbesi pretendere di darle quel senso assoluto che offre, e che trovandosi i mobili alla morte dell'usufruttuario (o in qualunque altro tempo più vicino tolto per termine dell' usufrutto) il donatario ne potrà domandare il valore, senza distinzione nè restrizione, e sebbene il donante o i suoi eredi fossero pronti a provare che i mobili sieno periti per caso fortuito. Tal eccezione al dritto comune spiegherebbesi col rigoroso principio della necessità dello spossessarsi *irrevocabilmente*, e col timore che il legislatore avrebbe avuto di lasciarsi al donante un qualche mezzo onde menomare appresso l'effetto della sua donazione.

Ma sarebbe questo un errore che *di leggieri* si comprende. E primieramente, non v'ha alcun timore per la irrevocabilità della donazione; perchè il donante o i suoi eredi saran tenuti a provare il caso di forza maggiore che abbia distrutto la cosa. Ma la più rilassata equità non permetterebbe che l'usufruttuario si facesse responsabile dei casi fortuiti; or se il principio è osservato per quello stesso il quale ha *venduto* la nuda proprietà e ritrattone il prezzo, non deve *a fortiori* applicarsi a quello che lo ha donato a titolo gratuito? Perchè infine sorprendere il silenzio serbato su ciò dalla seconda parte dell'articolo, e farne anzi un argomento, quando la prima parte ha parimente trascurato il caso di dolo o colpa per cui è forza ricorrere all'art. 589 (514)? Non è forse manifesto che il legislatore ha stimato inutile scendere a ragguagli abbastanza regolati dai principî generali, e che appartengono alla materia dell'usufrutto anzichè a quella delle donazioni (1)?

— (875).*

951 (876). — Il donante potrà stipulare la riversione delle cose donate, tanto nel caso che premuoia il donatario solo, quanto nel caso che premuoiano il donatario ed i suoi discendenti. Tale stipulazione non potrà farsi, che a beneficio del solo donante.**

(1) *Conf.* Duranton (VIII·470); Vazeille (n. 4); Coin-Delisle (n. 1), ecc.

* Nelle nostre leggi civili è stato aggiunto il seguente articolo:

875. « Il donante potrà stipulare la riversione delle cose donate per se e suoi eredi nel caso che il donatario morisse senza prole in qualunque tempo.

** Se la donazione col patto riversivo si converte in istituzione di erede, cessa il diritto di ritorno. — Corte suprema di Napoli. 1 agosto 1839.

SOMMARIO

I. Facoltà di stabilire il dritto di ritorno. Bisogno di una espressa stipulazione.
II. Sviluppo del primo paragrafo dell'articolo. Significato delle parole premorienza del solo donatario : *Errore di Grenier e di Vazeille. Intendimento dei termini della legge e dell' atto. Si tratta dei figli naturali o adottivi?*
III. La morte civile produce gli stessi effetti che la naturale: Dissenso con Duranton.
IV. La stipulazione del ritorno per terzi o solo per gli eredi è nulla, e rende anche nulla la donazione. Secus *di quella fatta per il donante e i suoi eredi: dissenso col più degli scrittori. Errore di Duvergier,* nella nota.
V. Il ritorno può essere stipulato sotto le condizioni che distinguevano un tempo la donazione per causa di morte: dissenso con Grenier, Toullier e Coin-Delisle.

I. — 690. Non vale donare e ritenere lo stipulare in una donazione che dessa sarebbe risoluta se il donatario, o il donatario e i suoi discendenti premorissero al donante; non dipendendo da quest' ultimo il sopravvivere o al donatario o alla sua prole. Il bisogno dello spossessamento irrevocabile non si oppone affatto a stabilire il dritto di ritorno per tal caso, e il nostro articolo lo consente.

Il dritto di ritorno non può giammai *presumersi*; dovendo formalmente essere stipulato nella donazione. Senza dubbio non vi son termini sagramentali che bisogna esclusivamente adoperare, bastando che la volontà del donante si riveli manifesta dal contesto dell'atto. Del resto sarà un punto di fatto, una quistione d'interpetrazione lasciata al criterio del magistrato, il conoscere se tal volontà sia realmente espressa in questo o quell'atto.

II. — 691. Il donante può stipulare che il ritorno avrà luogo premuorendo solo il donatario a lui , ovvero nel caso che il donatario e dopo lui i suoi discendenti premorissero tutti ; il nostro articolo lascia intorno a ciò piena latitudine. Così egli può dire che la donazione sarà risoluta se il donatario *premuoia*, o solo *se il donatario premuoia senza figli*, *o in fine se il donatario o i suoi figli premuojano* ; ma di certo quando avrà detto assolutamente, e senza distinzione; *se il donatario premuoia*, il solo fatto dello premorire di lui opererebbe la risoluzione, non dovendosi distinguere se lasci o pur no figli.

Grenier (n. 32) e Vazeille (n. 2) insegnano è vero il contrario, pretendendo che parlando il donante in generale della *premorienza del donatario*, questi termini non possono intendersi che della premorienza senza figli; perchè secondo essi è questo il primo dei due casi preveduti dal nostro articolo, il quale con le parole *donatario solo* intende di necessità dire *donatario senza prole*. Eglino consentono che il donante può anche stipulare il ritorno per il caso in cui sopravvivesse al donatario che lasci figli; purchè egli si spieghi con una disposizione *formale e precisa*, non essendo *questo il caso preveduto dall'articolo*.

Non è questo un manifesto errore? Primieramente, dall'opposizione fatta dallo articolo fra la premorienza del *donatario solo* e quella del *donatario e dei suoi discendenti*, ben si scorge che esso intenda parlare della premorienza di un donatario che abbia discendenti, la qual premorienza basta senza bisogno di aspettare anche quella dei suoi discendenti. Oltre a ciò, se come si pretende, i due casi previsti dal nostro articolo fossero, 1° la premorienza del donatario senza figli; 2° la premorienza del donatario e dei figli che lascia, ne conseguiterebbe che essendo questi i due soli casi per cui sia lecita la stipulazione del ritorno, non potrebbe questo stipularsi per la sola premorienza del donatario, che lasci figli. Dunque i nostri due scrittori che consentono essere pur permesso il ritorno per quest'ultimo caso, si contraddicono e confutano la loro propria dottrina (1). Dal per-

(1) *Conf.*, Toullier (V. 286); Dalloz, cap. IV, sez. 4; Coin-Delisle (nn. 5 e 7).

mettere il testo stesso dell'articolo che si possa stipulare la risoluzione per la sola premorienza del donatario, che lasci anche figli, noi *a fortiori* inferiamo che si possa stipularla sotto la condizione che il donatario premorisse senza figli. — E potendo il donante toglier così la cosa a tutti i figli del donatario, egli può quindi e sempre per argomento *a fortiori* toglierla a questa o quella classe di figli; onde può dire che vi sarà ritorno se. il donatario premuoja senza figli del primo matrimonio, o senza quelli del secondo, o senza figli maschi, ecc.

691 *bis*. Del resto è chiaro che quando si parlerà *dei figli* del donatario in generale, questa espressione abbraccerà tutti i discendenti di qualunque sesso e grado, tranne che qualche circostanza dell' atto non restringa il senso generale. Ma quella espressione comprenderà anche i figli naturali o adottivi? No; i figli naturali o adottivi non son comunemente compresi col nome di figli; e dovendo qui interpetrare la intenzione del donante, bisogna che si prendano i termini da lui adoperati nel senso comune. Quindi tranne che una diversa intenzione risulti da speciali cirscostanze, il ritorno che ha stipulato il donante per la premorienza del donatario e dei suoi figli avrà effetto morendo il donatario e i suoi legittimi discendenti, non ostante che esistano figli naturali o adottivi (1).

692. Altre poche parole intorno alla interpetrazione dei termini onde viene stabilito il dritto di ritorno. — È infatti evidente ed ammesso da tutti gli scrittori, eccettone Vazeille (n. IV), che stabilito il ritorno per *la premorienza del donatario senza prole*, la premorienza di quello che lasci prole, anche un sol figlio, faccia pienamente svanire la condizione risolutiva, per modo che quando pure il figlio premorisse anche al donante, non potrebbe più avere effetto il ritorno. Potrebbe senza dubbio avvenire che la clausola di riversione fosse concepita in termini dubbi, e che benchè sembri significare la premorienza senza prole, ravvicinata con le altre parti dell'atto, fosse spiegata nel senso ben diverso *di premorienza del dotatario e della sua prole*.

Ma se la frase che stabilisce il ritorno dica positivamente che sia stipulato per la premorienza del donatario che muoja SENZA DISCENDENTI non possono certamente darsi due sensi, nè può farsi ritornar la cosa al donante, perchè sopravvivendo al donatario morto con prole, fosse anche a questa sopravvissuto; la morte del donatario che lasci figli ha reso affatto impossibile il ritorno. Gli sforzi di Vazeille per fermare il contrario vanno incontro alla evidenza (2).

III. — 693. La morte civile del donante o del donatario o dei suoi discendenti deve produrre gli stessi effetti che la loro morte naturale? Noi lo crediamo, non ostante il contrario avviso di Duranton (VIII-490).

Dapprima non sembra possa esservi dubbio quanto al donante; perchè se il ritorno stipulato da lui dovesse avere effetto per la morte del donatario o dei suoi discendenti avvenuta prima della morte naturale, ma dopo la civile del donante, esso non avrebbe luogo per il donante ma per i suoi eredi. Ma questo non può essere dichiarando il secondo paragrafo del nostro articolo che il ritorno può stipularsi in *vantaggio del donante solo*.

693 *bis*. La quistione ci sembra più ardua per il donatario o i suoi discendenti, potendosi dire che la morte civile sia cosa sì rara ed eccezionale, che nella stipulazione si prevede la morte naturale della tal persona, e non mai la morte civile. Se non che questa obbiezione vien meno innanzi ad una osservazione più decisiva.

In vero, quando il donante ha stipulato il ritorno per la sola premorienza del donatario, egli si antepone agli eredi di lui non volendo che i beni donati passino a loro; ma dache la morte civile farebbe pas-

(1) *Conf.*. Guilhon (n. 872); Duranton (VIII-488); Poujol (n. 2); Vazeille (n. 5); Coin-Delisle (n. 14).

(2) Grenier (n. 31); Delvincourt; Toullier (V-286); Guilhon (n. 873); Duranton (VIII-491); Dalloz (sez. 4, n. 5); Coin-Delisle (n. 15 e 16).

sarli agli eredi del donatario, del pari che la morte naturale, la morte civile dunque fa effettuare il caso previsto, e compie la condizione sotto la quale era stipulato il ritorno. Se poi il donante abbia stipulato il ritorno per la premorienza del donatario e dei suoi discendenti, ha detto quindi non voler che i beni fossero trasmessi per successione, sua vita durante, dai discendenti del donatario ai parenti collaterali di lui; e siccome questo effetto sarebbe prodotto dalla morte civile dell'ultimo discendente, dovrebbe dunque darsi luogo al ritorno. Gli è vero che il dritto romano e la nostra antica giurisprudenza stabilivano in principio che l'indicazione della morte nei contratti si intendesse di quella naturale, perchè *malum omen non est providendum*. Ma il Codice non ha riprodotto in alcun luogo questo principio; e che al contrario ha inteso slontanarsene, lo provano moltissimi testi quali sono specialmente l'art. 617 (542) per l'usufrutto; l'art. 1441 (1405) per le stipulazioni di comunione fra conjugi; lo art. 1517 (T) per la precapienza convenzionale; l'art. 1452, § ult. (1416 M) per le donazioni, dritti di sopravvivenza e di tutti altri dritti stipulati nel contratto di matrimonio; l'art. 1865-4° (1737) per le società; l'art. 2003 (1875) per il mandato; lo art. 1053 (1009) per le sostituzioni, ec. Gli è vero del pari, che l'art. 1982 (1854) conservi la rendita vitalizia non ostante la morte civile della persona in favore di cui è costituita, perchè in fatti il debitore della rendita non ha dovuto fare assegnamento sopra una condanna criminale di lui; ma questa sola decisione non potrebbe trasmutarsi in regola generale, massime trovandosi come qui, in un caso in cui vi si oppone la intenzione dello stipulante (1).

IV. — 694. Il secondo paragrafo del nostro articolo espressamente dichiara che permette la stipulazione della riversione *per il donante solo*. Di che deriva immediatamente che la stipulazione non potrebbe farsi *per il donante o i suoi eredi*; e mediatamente e con più ragione, che non potrebbe esserlo per gli eredi soli nè pei terzi. Ma la stipulazione fatta in questi termini non sarebbe una illecita condizione, che terrebbesi per non iscritta secondo l'articolo 900 (816) lasciando sussistere la donazione principale; ovvero una sostituzione che cadendo trascinasse seco la disposizione principale secondo l'articolo 896 (941)?

I più degli scrittori risolvono esservi sostituzione quando il ritorno non sia stipulato per il donante solo (2). Ma noi opiniamo con Coin-Delisle (nn. 22 e 29) che debbano distinguersi i due casi sopra indicati, e che la sostituzione la quale senza fallo esiste nel secondo, non esista nel primo.

Quando il donante ha stipulato per altri il ritorno, non stipulato per se stesso, è ben chiaro esser questa una sostituzione, e la parola ritorno essere usata per abuso, onde esprimere una cosa che non sia un ritorno.

Così stipulando che alla morte del donatario, la cosa ritornerà al mio amico Paolo se viva ancora, non è questo un *ritorno* della cosa, dacchè per effetto della stipulazione essa passerebbe ad altri che non l'ha mai avuta. Similmente, dicendo che alla morte del donatario i miei eredi se gli sopravvivano riprenderanno la cosa donata, non è desso un ritorno, non avendo i miei eredi avuta mai la cosa; poco importando che sieno miei eredi quelli che debbano averla premorendo il donatario; perchè essi la raccoglierebbero non col titolo di eredi, e perchè trovino nella mia eredità la cosa o il dritto ad essa; ma solo perchè con la mia donazione gliel' ho attribuita; non l' avrebbero dunque col titolo di eredi, ma con quello di donatari; essendo questa una donazione posta in secondo luogo in altra donazione. Non si può quindi dubitare esservi in questo caso una sostitu-

(1) *Conf.* Grenier (n.i 39 e 40); Merlin (*Rep.*, alla parola *Morte civile*, § 1, art. 3); Delvincourt; Toullier (V-291); Guilhon (n. 879); Poujol (n. 4); Vazeille (n. 8); Coin-Delisle (n. 21).

(2) Merlin (*Rep*, alla parola *Sostituzione fed.*, sez. 8, n. 10); Toullier (V-48); R. de Villargues (numero 296); Grenier (n. 24 *bis*); Delvincourt, Guilhon (n. 875); Duranton (VII-487); Vazeille (n. 7)

zione; e la giurisprudenza non che tutti gli scrittori consentono essere allora nulla secondo l'articolo 896 (941) tanto la stipulazione che la stessa donazione (1).

694 *bis*. Ma non è così del primo caso; e ci sorprende che tutti gli scrittori, eccettone solo Coin-Delisle, vi abbiano scorto una sostituzione. Donandovi il mio podere a patto che ritornerà nel mio patrimonio, se voi morrete innanzi a me o ai miei eredi, gli è questo un vero ritorno e non una sostituzione. I miei eredi avrebbero allora la cosa, non come donatari e perchè un atto di donazione gliela abbia attribuito, ma come eredi e succedenti o alla *cosa* stessa, ripresa da me (se voi premorrete a me) o al *dritto* di riprenderla che esistesse nei miei beni, perchè io lo aveva prima stipulato per me; ma se la clausola non forma una donazione, una liberalità posta in un altra, essa non è dunque una sostituzione. Le disposizioni che col nome di sostituzioni sono state ristrette dalle nostre antiche ordinanze e vietate in fine dalla legge del 1792 e dal Codice, son quelle che fan passare la cosa dal primo beneficato al secondo, fuori il sistema e contro l'ordine della successione legittima; al contrario la stipulazione di cui è discorso fa rientrar la cosa nel patrimonio d'onde è uscita, onde assoggettarla di nuovo nella famiglia alle regole della trasmissione *ab intestato*. — Nel nostro antico dritto non si confondeva la clausola di riversione con la sostituzione.

Essa senza dubbio andava congiunta con la sostituzione: nelle sostituzioni indefinite o di molti gradi era naturale che alla morte dell' ultimo chiamato la cosa fosse tornata alla famiglia del donante; ma tal clausola anzichè essere uno dei gradi della sostituzione, ne era al contrario il termine, facendola finire. Dippiù quando il legislatore del 1792 aboliva le sostituzioni, per nissun modo volle proibire la stipulazione del ritorno; di che è prova che la legge del 18 nevoso anno II (6 gennaro 1794) parla *della stipulazione del ritorno*, come quella che rimanesse permessa e lo fosse sempre per lo avvenire (articolo 74). Ora quali disposizioni il Codice nell' articolo 896 (941) ha voluto escludere col nome di sostituzioni? Quelle che con tal nome eran comprese dall' antico dritto e dalla legge del 1792. Questo articolo dunque non comprende la clausola del ritorno. Se il Codice, come ha fatto osservare la Corte suprema (Cassazione, 3 giugno 1823), avesse scorto una sostituzione nella stipulazione di cui discorriamo, non la avrebbe qui proscritto e neppur parlatone; essendo ogni cosa regolata dall' art. 896 (941). Il nostro legislatore del pari che quello del 1792 e l' antica giurisprudenza, ha compreso una cosa essere la sostituzione ed altra la stipulazione del ritorno; ha proibito l' una con l' art. 896 (941), ristretto l' altra col nostro articolo 951 (876), perchè in fatti se pur la restrizione non fosse scritta in quest'altro, non avrebbe di certo potuto indursi dal primo, e sarebbe rimasta valida la stipulazione fatta per il *donante e i suoi eredi*.

Di più notiamo che il modo stesso onde è condotto il nostro paragrafo è il risultamento di queste idee. L' articolo non dice: « La stipulazione non potrà farsi per altre persone » il che alluderebbe a *qualunque stipulazione* che non fosse fatta per il solo donante; ma dice non potersi fare *che* per il *donante solo*, il che pare alludere a quella fatta per il *donante* e SUOI EREDI. Così la stipulazione che l' articolo ha voluto proibire, è *soltanto* quella che sarebbe in vantaggio *del donante e dei suoi eredi* perchè è dessa *la sola* che sarebbe permessa dai principi se non esistesse un formale divieto; l' articolo non ha pensato alle stipulazioni fatte per gli eredi solo, o pei terzi, le quali son vietate dall'art. 896 (941) essendo sostituzioni. — Se dunque la stipulazione fatta e per il donante e pei suoi eredi è una illecita condizione (essendo vietata dal nostro articolo) non è

(1) Cassazione, 22 gennaro 1839; Rig., 31 gennaro 1842; Rig., 18 aprile 1842; *Journ. du Palais*, I, 1839, p. 82; I, 1842, p. 727; II, 1842, p. 13.

dessa una sostituzione e la sua nullità non menerebbe quella delle donazioni (1).

V.—695. Il nostro articolo, indica prima una condizione risolutiva che può essere apposta in una donazione fra vivi (*se il donatario o il donatario e i suoi discendenti muojano avanti il* DONANTE), ne rigetta un' altra che non potrebbe esservi inserita (*se muojano avanti il donante o avanti* I SUOI EREDI). D'altra parte, lo art. 944 (868), come abbiamo osservato, vieta per la donazione quelle condizioni il compiersi o non compiersi delle quali dipende dalla volontà del donante. Or deesi riconoscere quanto alle condizioni che si possono apporre ad una donazione, altre proibizioni diverse da quella dei due articoli 944 e 951 (868 e 876)? ovvero la donazione all'infuori del caso di questi due articoli resta capace di tutte le condizioni che possono apporsi negli altri contratti?

Così può farsi la donazione sotto una condizione che la farebbe risolvere in vita del donatario, e che sarebbe tale di avverarsi in vita del donante : per modo di esempio, se il donante scampi quel pericolo, se ritorni da un lungo viaggio, se viva ancora da qui a due anni? La è questa una quistione molto controversa che ha fatto abolire dal Codice l'antica donazione per causa di morte.

La donazione per causa di morte. si dice, era quella in cui il donante anteponevasi al donatario, che anteponeva ai suoi eredi. Ora il donante antepone al donatario quando la cosa debba tornare a lui se scampi quel pericolo, riabbia la salute, ec.; ed antepone insieme il donatario al suo erede dovendo quello e non questi aver la cosa (e irrevocabilmente) se egli perisca nel pericolo ovvero innanzi quel tempo, ec. Una siffatta condizione apposta alla donazione trasmutala in donazione per causa di morte, ed essendo questa abolita dell'art. 893 (813) (che dichiara non potersi disporre a titolo gratuito che per donazione fra vivi o per testamento), sarebbe dunque nulla la donazione fatta con simigliante condizione. Il nostro art. 951 (876). si aggiunge, ne è prova ; perchè col permettere la stipulazione del ritorno al donante per il caso in cui il donatario gli premorisse , consente una condizione risolutiva, che può avverarsi in vita del donante; ma se tali condizioni fossero permesse dal dritto comune, il legislatore non avrebbe fatto espressamente un articolo per autorizzar quella; il permetterne una val tutt'uno che dichiarare impossibili tutte le altre (2).

Noi non potremmo attenerci a tale avviso. E primieramente, rimuoviamo l'argomento tratto dell' art. 951 (876) il quale prova troppo. Se fosse vero, come si dice, che questo articolo annulli implicitamente qualunque condizione risolutiva posta in favore del donante , e che può compiersi in vita del donatario, dovrebbero annullarsi ben altre donazioni che quelle a causa di morte dei Romani. Così « la cosa donata » mi ritornerà se mia moglie muoja in- » nanzi a me, se io sia diseredato da mio » zio, se perda tutti i miei figli, ec. »; ognuna di tali condizioni annullerebbe la donazione alla quale fosse apposta. Ma siffatte condizioni non sono state mai quelle della donazione per causa di morte; questa specie di donazione, come dal nome vien

(1) Cassaz., 3 giugno 1838; Bordeaux, 5 marzo 1824. 22 giugno 1835; Rig., 8 giugno 1836 (Dev., 35, 2, 523, 36, 1, 463). M. Duvergier (sopra Toullier) riferendo queste quattro decisioni, e quelle da noi sopra citate, tenta conciliarle non per la distinzione naturale che noi abbiamo indicato, ma perchè il dritto di ritorno era stipulato negli uni per testamento, e negli altri per donazione fra vivi. Questa pretesa causa di differenza, contraria in fatto ai motivi dati dalle decisioni non lo è meno ai principi del dritto. Se egli è verissimo da una parte, che non può mai esservi un vero dritto di *ritorno* in un testamento (non potendo la cosa ritornare più al donante) non è meno evidente che la stipulazione del ritorno sarà sempre tale e necessariamente quando è inserita in una donazione fra vivi; perchè stipulando il donante che la cosa ritornerà *a terzi* o pure ai suoi eredi senza che ritorni a lui, lo scopo della stipulazione, certo è come nel testamento, di far passare la cosa a coloro, che non l' hanno mai avuta, e quindi vi è pure sostituzione. Fa meraviglia che Duvergier incorra in così grave errore.

(2) Grenier (n. 10), Toullier (V-274), Coin-Delisle (n. 30 35).

zione; e la giurisprudenza non che tutti gli scrittori consentono essere allora nulla secondo l'articolo 896 (941) tanto la stipulazione che la stessa donazione (1).

694 *bis*. Ma non è così del primo caso; e ci sorprende che tutti gli scrittori, eccettone solo Coin-Delisle, vi abbiano scorto una sostituzione. Donandovi il mio podere a patto che ritornerà nel mio patrimonio, se voi morrete innanzi a me o ai miei eredi, gli è questo un vero ritorno e non una sostituzione. I miei eredi avrebbero allora la cosa, non come donatarî e perchè un atto di donazione gliela abbia attribuito, ma come eredi e succedenti o alla *cosa* stessa, ripresa da me (se voi premorrete a me) o al *dritto* di riprenderla che esistesse nei miei beni, perchè io lo aveva prima stipulato per me; ma se la clausola non forma una donazione, una liberalità posta in un altra, essa non è dunque una sostituzione. Le disposizioni che col nome di sostituzioni sono state ristrette dalle nostre antiche ordinanze e vietate in fine dalla legge del 1792 e dal Codice, son quelle che fan passare la cosa dal primo beneficato al secondo, fuori il sistema e contro l'ordine della successione legittima; al contrario la stipulazione di cui è discorso fa rientrar la cosa nel patrimonio d'onde è uscita, onde assoggettarla di nuovo nella famiglia alle regole della trasmissione *ab intestato*. — Nel nostro antico dritto non si confondeva la clausola di riversione con la sostituzione.

Essa senza dubbio andava congiunta con la sostituzione: nelle sostituzioni indefinite o di molti gradi era naturale che alla morte dell'ultimo chiamato la cosa fosse tornata alla famiglia del donante; ma tal clausola anzichè essere uno dei gradi della sostituzione, ne era al contrario il termine, facendola finire. Dippiù quando il legislatore del 1792 aboliva le sostituzioni, per nissun modo volle proibire la stipulazione del ritorno; di che è prova che la legge del 18 nevoso anno II (6 gennaro 1794) parla *della stipulazione del ritorno*, come quella che rimanesse permessa e lo fosse sempre per lo avvenire (articolo 74). Ora quali disposizioni il Codice nell'articolo 896 (941) ha voluto escludere col nome di sostituzioni? Quelle che con tal nome eran comprese dall'antico dritto e dalla legge del 1792. Questo articolo dunque non comprende la clausola del ritorno. Se il Codice, come ha fatto osservare la Corte suprema (Cassazione, 3 giugno 1823), avesse scorto una sostituzione nella stipulazione di cui discorriamo, non la avrebbe qui proscritto e neppur parlatone; essendo ogni cosa regolata dall'art. 896 (941). Il nostro legislatore del pari che quello del 1792 e l'antica giurisprudenza, ha compreso una cosa essere la sostituzione ed altra la stipulazione del ritorno; ha proibito l'una con l'art. 896 (941), ristretto l'altra col nostro articolo 951 (876), perchè in fatti se pur la restrizione non fosse scritta in quest'altro, non avrebbe di certo potuto indursi dal primo, e sarebbe rimasta valida la stipulazione fatta per il *donante e i suoi eredi*.

Di più notiamo che il modo stesso onde è condotto il nostro paragrafo è il risultamento di queste idee. L'articolo non dice: « La stipulazione non potrà farsi per altre persone » il che alluderebbe a *qualunque stipulazione* che non fosse fatta per il solo donante; ma dice non potersi fare *che per il donante solo*, il che pare alludere a quella fatta per il *donante e suoi eredi*. Così la stipulazione che l'articolo ha voluto proibire, è *soltanto* quella che sarebbe in vantaggio *del donante e dei suoi eredi* perchè è dessa *la sola* che sarebbe permessa dai principî se non esistesse un formale divieto; l'articolo non ha pensato alle stipulazioni fatte per gli eredi solo, o pei terzi, le quali son vietate dall'art. 896 (941) essendo sostituzioni. — Se dunque la stipulazione fatta e per il donante e pei suoi eredi è una illecita condizione (essendo vietata dal nostro articolo) non è

(1) Cassazione, 22 gennaro 1839; Rig., 31 gennaro 1842; Rig., 18 aprile 1842; *Journ. du Palais*, I, 1339, p. 82; I, 1842, p. 727; II, 1842, p. 13[illegible]

dessa una sostituzione e la sua nullità non menerebbe quella delle donazioni (1).

V.—695. Il nostro articolo, indica prima una condizione risolutiva che può essere apposta in una donazione fra vivi (*se il donatario o il donatario e i suoi discendenti muojano avanti il* DONANTE), ne rigetta un' altra che non potrebbe esservi inserita (*se muojano avanti il donante o avanti* I SUOI EREDI). D'altra parte, lo art. 944 (868), come abbiamo osservato, vieta per la donazione quelle condizioni il compiersi o non compiersi delle quali dipende dalla volontà del donante. Or deesi riconoscere quanto alle condizioni che si possono apporre ad una donazione, altre proibizioni diverse da quella dei due articoli 944 e 951 (868 e 876)? ovvero la donazione all'infuori del caso di questi due articoli resta capace di tutte le condizioni che possono apporsi negli altri contratti?

Così può farsi la donazione sotto una condizione che la farebbe risolvere in vita del donatario, e che sarebbe tale di avverarsi in vita del donante: per modo di esempio, se il donante scampi quel pericolo, se ritorni da un lungo viaggio, se viva ancora da qui a due anni? La è questa una quistione molto controversa che ha fatto abolire dal Codice l'antica donazione per causa di morte.

La donazione per causa di morte, si dice, era quella in cui il donante anteponevasi al donatario, che anteponeva ai suoi eredi. Ora il donante antepone al donatario quando la cosa debba tornare a lui se scampi quel pericolo, riabbia la salute, ec.; ed antepone insieme il donatario al suo erede dovendo quello e non questi aver la cosa (e irrevocabilmente) se egli perisca nel pericolo ovvero innanzi quel tempo, ec. Una siffatta condizione apposta alla donazione trasmutala in donazione per causa di morte, ed essendo questa abolita dell'art. 893 (813) (che dichiara non potersi disporre a titolo gratuito che per donazione fra vivi o per testamento), sarebbe dunque nulla la donazione fatta con simigliante condizione. Il nostro art. 951 (876). si aggiunge, ne è prova; perchè col permettere la stipulazione del ritorno al donante per il caso in cui il donatario gli premorisse, consente una condizione risolutiva, che può avverarsi in vita del donante; ma se tali condizioni fossero permesse dal dritto comune, il legislatore non avrebbe fatto espressamente un articolo per autorizzar quella; il permetterne una val tutt'uno che dichiarare impossibili tutte le altre (2).

Noi non potremmo attenerci a tale avviso. E primieramente, rimuoviamo l'argomento tratto dell'art. 951 (876) il quale prova troppo. Se fosse vero, come si dice, che questo articolo annulli implicitamente qualunque condizione risolutiva posta in favore del donante, e che può compiersi in vita del donatario, dovrebbero annullarsi ben altre donazioni che quelle a causa di morte dei Romani. Così « la cosa donata » mi ritornerà se mia moglie muoja in- » nanzi a me, se io sia diseredato da mio » zio, se perda tutti i miei figli, ec. »; ognuna di tali condizioni annullerebbe la donazione alla quale fosse apposta. Ma siffatte condizioni non sono state mai quelle della donazione per causa di morte; questa specie di donazione, come dal nome vien

(1) Cassaz., 3 giugno 1838; Bordeaux, 5 marzo 1824, 22 giugno 1835; Rig., 8 giugno 1836 (Dev., 35, 2, 523, 36, 1, 463). M. Duvergier (sopra Toullier) riferendo queste quattro decisioni, e quelle da noi sopra citate, tenta conciliarle non per la distinzione naturale che noi abbiamo indicato, ma perchè il dritto di ritorno era stipulato negli uni per testamento, e negli altri per donazione fra vivi. Questa pretesa causa di differenza, contraria in fatto ai motivi dati dalle decisioni non lo è meno ai principî del dritto. Se egli è verissimo da una parte, che non può mai esservi un vero dritto di *ritorno* in un testamento (non potendo la cosa ritornare più al donante) non è meno evidente che la stipulazione del ritorno sarà sempre tale e necessariamente quando è inserita in una donazione fra vivi; perchè stipulando il donante che la cosa ritornerà *a terzi* o pure ai suoi eredi senza che ritorni a lui, lo scopo della stipulazione, certo è come nel testamento, di far passare la cosa a coloro, che non l'hanno mai avuta, e quindi vi è pure sostituzione. Fa meraviglia che Duvergier incorra in così grave errore.

(2) Grenier (n. 10), Toullier (V-274), Coin-Delisle (n. 30 35).

manifesto, era quella che il donante faceva nel pensiero della sua morte, pel timore e sotto la condizione di essa, *quae propter mortis fit suspicionem*; ma non vi ha alcun pensiero di morte (del donante) nelle condizioni di cui discorriamo. Dunque quand'anche lo spirito del Codice annullasse tutte le donazioni fatte sotto condizioni, che un tempo formavano le donazioni per causa di morte, sarebbero nulle quelle fatte rispetto, e sotto la condizione della morte del disponente.

696. Ma queste condizioni sono veramente vietate, e l'articolo 893 (813) che aboliva la donazione per causa di morte, li rende impossibili?

Il contrario ci sembra esser certo, non potendosi secondo noi altrimenti pervenire alla conclusione da noi combattuta, che col violare tutte le regole del discorso.

Difatti, che cosa conseguita dal volere lo art. 893 (813) che non si possa disporre a titolo gratuito che per donazione fra vivi o per testamento? che non si può più disporre per donazione a causa di morte; nè far validamente una donazione che sia quel che una volta era la donazione per causa di morte. Ma che cosa era la donazione per causa di morte? quella in cui il donante doveva riprendere la cosa donata, 1° se non morisse nel pericolo o nel tempo preveduto; 2° se mutasse pensiero prima di finire il pericolo o di spirare il tempo, e 3° se il donatario morisse innanzi a lui negli stessi termini: *Mortis causa donatio est, cum quis ita donat, si quid humanitus ei contigisset; sin autem supervixisset is qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is cui donatum sit (Inst. Justin.*, t. II, t. VII, § 1). Onde la donazione per causa di morte non era quella che si faceva solo sotto la condizione risolutiva della morte del donante, ma quella che fatta sotto tal condizione era oltre a ciò, 2° rivocabile a libito del disponente *si eum poenituisset*, e 3° rivocata di pieno dritto per il premorire del donatario, *si prior* decesserit. Ecco le tre circostanze che formavano la donazione per causa di morte; e dall' art. 893 (813) conseguita che sarebbe oggi nulla la donazione che presentasse quei tre caratteri. Ma è impossibile cosa andare più in là; annullando anche la donazione che ne abbia un solo, perchè non è più l' antica donazione per causa di morte. Ciò sarebbe vero sempre, quand'anche la conclusione da noi combattuta fosse degna di favore, perchè la logica non transige; ma è anche più vero per dir così, ove si tratti di respingere una conclusione di nullità richiedendosi maggior severità per ammettere una regola di annullamento che per qualunque altra. Onde vi sarebbe senza dubbio nullità se avessi detto; « Io vi » dono il mio podere, risolvendosi la do- » nazione se io viva ancora tre anni, po- » tendo rivocarla in questo termine ed es- » sendo ancora rivocata se voi in questo » intervallo morrete innanzi a me. » Ma non vi sarà nullità quando avrò soltanto detto: « se io viva per altri tre anni » nè quando pure avrei aggiunto: « o se voi » morrete innanzi a me » non essendovi i tre caratteri che costituiscono la donazione per causa di morte.—Egli è il vero che il secondo carattere (rivocabilità a libito del donante) annullerebbe per se solo la donazione, se non che l' atto non sarebbe nullo secondo lo art. 893 (813) e come donazione a causa di morte, ma secondo gli articoli 893 e 944 (813 e 868) perchè fatto sotto una condizione che dipenda dalla volontà del donante.

Si dice vanamente che vi fosse donazione a causa di morte, perchè il donante si anteponeva al donatario, che anteponeva ai suoi eredi, inferendosi questa duplice preferenza dal primo carattere che implicitamente trae gli altri due. Onde potrebbesi dire, per ciò solo che il donante avesse detto: « 1° La donazione sarà ri- » vocata se io viva entro tre anni » conseguitarne di pieno dritto, 2° che egli potesse rivocare a suo grado e 3°, che il premorire del donatario fosse una causa di revocazione: dunque la espressione del primo carattere induce la esistenza degli altri due; dunque la espressione di quello

formava una donazione a causa di morte; e quindi la sola espressione di quel carattere, la indicazione sola di quest'unica condizione risolutiva induce oggi la nullità.—Questo ragionamento non si regge. Primieramente i testi romani, i quali dicono che la donazione a causa di morte fosse quella in cui il donante si anteponga al donatario, indicano il fine, anzichè i caratteri di tal donazione, e debbono certamente spiegarsi con quelli che determinano tali caratteri, ed insegnano in che consista tal preferenza. Or abbiamo veduto, che la preferenza deve consistere nella stipulazione fatta dal donante 1° della riversione, caso che sopravvivesse al pericolo o allo avvenimento previsto; 2° del dritto di revocare a suo libito, e 3° della riversione nel caso in cui premorisse il donatario. D'altronde, sotto la legislazione che permetteva la donazione per causa di morte, era ben semplice che la espressione della prima condizione facesse considerare le altre due come sottintese, e comprese implicitamente nello intendimento del donante; ma essendo oggi vietata questa donazione, di qual dritto e per qual ragione presumerebbesi questo pensiero? per qual pretesto si farebbe dire al donante ciò che non ha detto? per il piacere di apporre nella sua donazione una causa di nullità che ei non ci ha messo? La supposizione un tempo era naturalissima, oggi è impossibile; le cause di annullamento non possono *presumersi*.

Abbiamo dunque per certo che all'infuori dei casi preveduti dagli art. 944 e 951 (868 e 876) tutte le condizioni permesse nei contratti ordinari lo sono similmente nelle donazioni (1).

952 (877). — L'effetto del dritto di riversione sarà di sciogliere tutte le alienazioni de' beni donati, e di farli ritornare al donante franchi e liberi da ogni peso ed ipoteca; a riserva però della ipoteca della dote e delle convenzioni matrimoniali, quando gli altri beni del donatario non bastino, e nel caso soltanto che la donazione gli sia stata fatta nello stesso contratto matrimoniale da cui risultano tali diritti ed ipoteche.

697. Essendo la stipulazione del ritorno lo apporre che si fa alla donazione una condizione risolutiva, egli è manifesto che avverata la condizione la donazione si terrà come non fatta, il donatario come se mai non fosse stato proprietario; e quindi le alienazioni o concessioni di dritti reali che avrebbe potuto fare, verranno meno per il principio *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*.

La legge slontanasi da tal principio in un caso speciale, cioè per la ipoteca legale della moglie del donatario; ma questa ipoteca che la legge accorda per la dote e le convenzioni nuziali, è conservata in quanto 1° la donazione siasi fatta nello stesso contratto di matrimonio, e 2° che i beni personali del marito non bastino a garentire la dote e le convenzioni nuziali. Onde non vi sarebbe la ipoteca per la garenzia dei crediti che fossero nati in favore della moglie contro il marito durante il matrimonio; e sarebbe rivocata se gli immobili fossero stati donati al marito innanzi o dopo il matrimonio, e non nel contratto stesso nuziale; e lo sarebbe similmente, se i beni del marito bastassero a garentire la dote e le convenzioni di quel contratto. — La legge presume che chi a un conjuge futuro fa donazione di immobili nel contratto di matrimonio, intende assicurare, ove ne fosse bisogno, la garenzia su cui in simiglianti casi ha dovuto fare assegnamento la futura moglie o la famiglia di lei per le stipulazioni del contratto.

D'altronde, risultando dalla volontà *presunta* del donante il mantenere la ipoteca

(1) *Conf.* Merlin (*Rèp.*, alla parola *Donazione*, sez. 1). Delvincourt, Duranton (VIII, 478), Dalloz (cap. 4, sez. 1), Vazeille (art. 944, n. 7).

per la dote e le convenzioni della moglie ed anche il ristringerla alla garentia della dote, le cose potrebbero certo mutarsi in questo o quel senso per la formale espressione di una diversa volontà. Quindi potrebbe dire il donante che il ritorno dovrà avverarsi anche liberandosi i beni dall'ipoteca dotale; come al contrario, che l'ipoteca sarebbe mantenuta non solo per la dote e le convenzioni del contratto, ma anche pei crediti che potrebbero nascere durante il matrimonio.

SEZIONE II.

DELLE ECCEZIONI ALLA REGOLA DELLA IRREVOCABILITA' DELLE DONAZIONI TRA VIVI.

953 (878). — La donazione tra vivi non potrà rivocarsi, se non per causa d'inadempimento delle condizioni colle quali è stata fatta; per causa d'ingratitudine; per la sopravvegnenza de' figli.*

698. Il dritto romano e la nostra antica giurisprudenza ammettevano due cause per revocare le donazioni fra vivi: l'ingratitudine del donatario, e il sopravvenire de' figli al donante. Ma essi fra i casi d'ingratitudine noveravano la non esecuzione dei pesi (vedi Codice l. 8, t. 46, 10, Pothier, *Donaz.*, sez. 5, art. 3). Le differenze fra la non esecuzione dei pesi e gli altri casi d'ingratitudine, han fatto risolvere i nostri compilatori, a presentare il primo caso come causa distinta di revocazione.

Diciamo non esecuzione di pesi; questo essendo in fatti il senso della parola *condizione* del nostro articolo; non si tratta qui di condizioni propriamente dette, di avvenimenti futuri e incerti al compiersi o non compiersi dei quali la donazione dovrebbe reggere o pur nò; ma sì di obbligazioni imposte al donatario. Egli è vero che la non esecuzione dei pesi produce effetti analoghi a quelli dell'avverarsi una condizione risolutiva: ma da ciò segue non già che si potrà scorgere una condizione *nel carico imposto*, ma che può trovarsi nella non esecuzione di quel carico. La condizione risolutiva, che sarebbe allora *sottintesa*, sarebbe questa: doversi risolvere la donazione che vi fo se voi non adempite *i pesi* che v'impongo. È questa la teoria dell'art. 1184 (1137). Sarebbe dunque inesatto dire con Toullier (V-278), che la parola *condizione* abbracci qui e i pesi e le condizioni propriamente dette.

Così il Codice ammette tre cause di revocazione; — 1°. La non esecuzione dei carichi imposti alla donazione (art. 954 e 956 (879 e 881)); — 2° La ingratitudine del donatario (art. 955-959 (880-884)); Infine la sopravvenienza di un figlio al donante di cui trattano gli articoli 960-966 (885 - 891) ultimi del capitolo *delle Donazioni fra vivi.*

954 (879). — In caso di rivocazione per l'inadempimento delle condizioni, i beni ritorneranno in potere del donante liberi da qualunque peso ed ipoteca che provenga dal donatario: ed il donante avrà contro i terzi detentori degl'immobili donati tutti i dritti che avrebbe contra il medesimo donatario.**

* La Corte suprema di Napoli ha stabilito i seguenti principî:

La donazione fatta per causa di sacro patrimonio a colui che posteriormente non è asceso al sacerdozio, è inefficace. La quistione di sapere, se la causa di una donazione sia impulsiva o finale, è rimessa all'arbitrio del giudice.— 16 marzo 1822.

L'azione di rivoca non può confondersi con quella di risoluzione.—5 novembre 1843.

La donazione fatta col divieto dell'alienazione si risolve alienandosi i fondi donati.—8 febb. 1849.

La donazione rimuneratoria non è soggetta a rivoca per ingratitudine; però il magistrato deve conoscere di quanto la donazione è compensativa e di quanto non lo è; che per questa parte la donazione è semplice, e quindi soggetta a rivoca.— 23 dicembre 1847.

In fatto di donazione la voce *condizione* importa doveri per lo cui inadempimento la donazione si risolve.—13 aprile 1850.

** La prescrizione decennale del terzo posses-

699. Una *donazione* non può farsi a *titolo oneroso*, come diceva con molta proprietà una decisione della cassazione del 28 gennaro 1818. La idea di *donazione* e quella di *titolo oneroso* son contraddittorie, come il *circolo* e il *triangolo*. Ma se non può esservi un circolo con tre angoli, ve ne può essere uno che comprenda un triangolo; e similmente, se non vi sono donazioni a titolo oneroso, ve ne possono essere onerose ossia fatte con pesi; gli è questo il caso del nostro articolo. E siccome la donazione in tal caso comprende pesi alla esecuzione dei quali il donante non ha un semplice interesse morale ma l'interesse pecuniario che forma l'oggetto dei contratti ordinarî, qui dunque deve applicarsi la regola generale dell'art. 1184 (1137), che vuole secondo la presunta intenzione dei contraenti, che la non esecuzione delle obbligazioni stipulate per una parte faccia risolvere il contratto.

Secondo questo principio la donazione di cui è discorso è fatta sotto questa condizione; « La mia donazione sarà risoluta se voi non adempite questi pesi ». Lo inadempimento adunque risolverà il dritto del donatario, e di conseguenza tutti quelli che egli abbia potuto conferire ai terzi. Ciò vien dichiarato dal nostro art. 954 (879).

700. E dacchè la donazione in tal caso, non essendo un atto a titolo oneroso, partecipa pure dell'indole di esso, e le si applica l'art. 1184 (1137), è forza dunque riconoscere che il donante avrebbe la scelta accordata dal nostro articolo, o di far pronunziare la risoluzione, o di costringere il donatario ad eseguire i pesi. La donazione è un contratto, e il legame che ne sorge non è men serio, meno efficace di quello che dagli altri contratti deriva; e il donatario siccome liberamente e regolarmente ha consentito a sostenere i pesi impostigli, così è tenuto ad eseguirli. Indarno egli vorrebbe abbandonare ciò che ha ricevuto per esimersene; imperocchè, lo ripetiamo, egli è legato, siccome il donante lo è per parte sua, e il concorso delle volontà ha costituito il contratto tanto contro che in vantaggio di lui. Dippiù lo art. 463 (386) dice che la donazione accettata per un minore e dal suo tutore, autorizzato debitamente dal consiglio di famiglia, avrà *il medesimo effetto, che rispetto al maggiore*; di che ben si comprende che essa legherà colui che accetta; l' art. 1052 (1008) dice che chi accetta una donazione, la quale imponga il peso di conservare e restituire i beni dianzi donati, non può più spacciarsene col restituire i beni della novella donazione; in fine come già si è veduto, fu detto espressamente al consiglio di Stato che chi accetta una donazione è tenuto adempirne le condizioni (art. 894 (814)), n. I).

L' azione che mira a costringere allo adempimento o a far pronunziare la revocazione, trattandosi qui di un dritto pecuniario, apparterrebbe non solo agli eredi, ma altresì ai creditori in forza dell' art. 1166 (1119). Non è da ammettersi il contrario avviso di Coin-Delisle. L' azione che tende a far rivocare per lo inadempimento non è una azione morale, un dritto inerente alla persona, come la domanda di rivocazione per ingratitudine, e perciò appunto il Codice non ha voluto confonderli come faceva l'antico dritto (1).

955 (880). — La donazione tra vivi non potrà rivocarsi per ingratitudine, fuorchè nei seguenti casi:

1° se il donatario abbia attentato alla vita del donante,

2° se siasi reso colpevole verso di lui di sevizie, di delitti, o ingiurie gravi.

3° se gli neghi gli alimenti.*

sore avente-causa dal donatario inadempiente, apposta al donante che agisce per riprendere i beni donati, sciolta già la donazione, incomincia a decorrere non dal dì dell'acquisto fatto dal terzo, ma dal giorno in cui è dichiarata sciolta la donazione. —Corte suprema di Napoli 29 aprile 1845.

(1) *Conf.*, Duranton (VIII-540) Vazeille (art. 953 (878) n. 4); Zachariae (II, p. 538); Pau 2 gennaro 1827, Tolosa 9 febbraro 1832 (Dalloz, 32, 2, 68).

* La sola mancanza della prestazione degli alimenti, anche per durata non al di là del mosso giudizio, è motivo grave della rivoca. — Corte Suprema di Napoli 13 agosto 1850.

701. Le cause di rivocazione delle donazioni per ingratitudine sono più assai di quelle che rimuovono da una successione per indegnità (art. 727 (648)).

E dapprima qui basta che siesi attentato alla vita del donante, non essendo necessario come in fatto di successione, che il donatario sia stato condannato per lo attentato.

Così quand' anche il donatario colpito di demenza fosse interdetto innanzi o durante il processo criminale (il che renderebbe impossibile la sua condanna) l' azione di revocazione diretta contro il suo tutore non sarebbe meno efficace se fosse certo lo attentato.

702. La legge indica come seconda causa di rivocazione, le sevizie, i delitti o le ingiurie gravi del donatario contro il donante. La parola *sevizie* comprende qui due idee ben distinte, le quali nell' articolo 231 (220) vanno espresse da due parole *sevizie ed eccessi*, cioè gli atti di violenza che pongono in pericolo la vita o la salute, ed anche i cattivi trattamenti che fanno travagliata la vita, non esponendola ad alcun fisico pericolo (vedi art. 306 (T), n. III). I delitti son tutti i fatti punibili dal Codice penale, o da questa o quella legge speciale. Quanto alle *ingiurie* che possono risultare da parole, da scritti o da fatti, spetta al giudice conoscere se esistano nelle circostanze allegate dal donante, e se sieno abbastanza gravi.

E sebbene l' aggiunto *gravi* non sia stato posto nell' articolo onde applicarsi tanto ai delitti che alle ingiurie (non parlando il progetto che di *sevizie o delitti;* e dopo nella discussione al Consiglio vi furono aggiunte le parole *ingiurie gravi* Fenet, tom. 12, p. 372 e 374); sarebbe certo pur necessario che elle fossero abbastanza gravi e da valutarsi egualmente secondo le circostanze; per mo' di esempio, non dovrebbesi annullare una donazione per ingratitudine del donatario, perchè il donatario avesse senza licenza cacciato nelle terre del donante.

703. La terza ed ultima causa di rivocare per ingratitudine è il rifiuto degli alimenti. Ma quando saran dovuti gli alimenti dal donatario al donante? Il Codice che non ne tratta in nissun luogo, stanzia questo principio di rimbalzo parlando della causa di rivocazione qui indicata.

La ragione vuole in prima, che il donatario sia obbligato a somministrare gli alimenti quando il donante ne abbisogni, e assolutamente parlando, non già rispetto alla condizione che dianzi abbia potuto avere. E a noi sembra come pure a Vazeille (n. 6) e a Coin-Delisle (n. 14), diversamente da Duranton (VIII-558), che il donante non possa dirsi nel bisogno, rispetto al donatario, quando egli senza beni personali, abbia pure parenti, affini che sieno obbligati e possano somministrare a lui gli alimenti (articolo 205 (195) e seg.); il dritto che allora gli appartiene sopra i beni dei parenti o affini, costituisce un credito che fa vece di beni personali, nè egli può dirsi senza mezzi.

Da ultimo osserviamo che a fin di determinare il *quantum* degli alimenti, dovrà tenersi qui per base non già il patrimonio del donatario, ma il valore dei beni donati.

956 (881).—La rivocazione per l' inadempimento delle condizioni, o per causa d' ingratitudine, non avrà mai luogo *ipso jure*.

704. Lo inadempimento dei pesi e la ingratitudine del donatario non rivocano la donazione; ma la fanno rivocabile; dovendo la rivoca pronunziarsi dal giudice.

Ma il tribunale è obbligato di pronunziare immediatamente la rivocazione, essendo provati i fatti allegati dal donante che rendono rivocabile la donazione; ovvero potrebbe egli accordar termini? Potrebbero questi accordarsi se il donatario avesse stipulato che si risolverebbe per la circostanza preveduta? Qual sarebbe in ogni caso lo effetto di tale stipulazione?

È mestieri far distinzione fra lo ina-

dempimento dei carichi e la ingratitudine. — *Nello* inadempimento dei pesi imposti alla donazione, come dicemmo sotto l'articolo 956 (879), vi ha interessi pecuniari; riguardando allora la revoca tali interessi, bisogna che si applichino le regole relative ai contratti ordinari. — Or dichiara l'articolo 1184 (1137) che domandato lo scioglimento di un contratto contro un tale per inadempimento dei suoi obblighi, il tribunale sia libero di accordargli secondo le circostanze un termine nel quale possa eseguire a fin di schivare lo annullamento; questo termine quindi può accordarsi al donatario. Quando l'attore nello scioglimento avrebbe formalmente stipulato che lo scioglimento sarebbe avvenuto di pieno dritto dove non si adempisse in un tempo stabilito, l'articolo 1656 (1502) dichiara che la esecuzione potrà anche farsi scorso il tempo, e fino a quando il debitore non sia stato citato per eseguire; ma dopo citato, il giudice non potrebbe consentirgli alcun termine. Queste medesime regole sarebbero dunque seguite per la donazione nel caso di cui facciamo discorso.

705. Ma altrimenti sarebbe nel caso di revoca per ingratitudine; fondandosi allora la domanda sopra un interesse puramente morale, l'analogia delle regole pei contratti ordinari ai contratti di *danaro* non può essere invocata, e bisogna applicare puramente e semplicemente il nostro articolo.

Così, il donante stipulerebbe indarno che la sua donazione sciogliercbbesi di pieno dritto per il solo fatto dell'ingratitudine del donatario; la rivocazione sarà sempre pronunziata dal giudice; e se il donante, conscio già del fatto, lasciasse passare più di un anno (art. 957 (882)) non potrebbe far poi giudicare che la risoluzione sia avvenuta *ipso facto* e che egli possa sempre ridomandare la cosa ridiventata sua mercè quella risoluzione. Indarno direbbe il donante aver fatto della ingratitudine oggi avverata, una condizione, risolutiva, e la donazione essere condizionale; gli si risponderebbe che i fatti di ingratitudine non possono essere argomento di convenzione, e la pretesa condizione sarebbe immorale e tenuta per non iscritta (art. 900 (816)); che quindi la donazione dove sempre valutarsi come pura e semplice, rivocabile per ingratitudine secondo il nostro articolo, e non come condizionale e secondo le regole generali delle condizioni. — Ma d'altra parte, non possono qui applicarsi le regole dei contratti ordinari che non potrebbero invocarsi nè pro nè contro il donatario; nissun termine potendo essergli accordato (sotto colore, per mo' di esempio, che sia risoluto a somministrare gli alimenti sino allora negati); o si riconosce che non esistano i fatti d'ingratitudine, e allora la domanda di revoca deve essere respinta, o il tribunale riconosce la esistenza di tali fatti, e allora deve immediatamente rivocare.

957 (882). — La domanda di rivocazione per causa d'ingratitudine dovrà esser prodotta dentro l'anno, a contare dal giorno del delitto imputato dal donante al donatario, o dal giorno in cui il donante abbia potuto averne notizia.

Questa rivocazione non potrà dimandarsi dal donante contro gli eredi del donatario, nè dagli eredi del donante contra il donatario, fuorchè se fosse stata in questo ultimo caso proposta l'azione dallo stesso donante, o fosse egli mancato di vita dentro l'anno del commesso delitto.

SOMMARIO

I. L'azione rivocatoria si estingue col decorso di un anno o col perdono accordato prima; da qual punto incomincia l'anno.
II. L'azione in due casi passa agli eredi del donante; ma giammai contra gli eredi del donatario; dissenso con gli scrittori.
III. Durata dell'azione di rivocazione per non essersi eseguiti i pesi.

I. — **706.** Nella nostra antica giurisprudenza non era fermato qual fosse la durata dell' azione di revoca per ingratitudine: per gli uni durava trent' anni, come qualunque azione personale, altri considerandola come una azione di rescissione opinavano che si estinguesse in dieci anni; altri in fine la riguardavano come lo accessorio dell' azione risultante dal fatto che costituiva la ingratitudine e le assegnavano la stessa durata di quella (cioè venti anni se fosse un reato il fatto costitutivo dell' ingratitudine; un anno se fosse ingiuria di parole, ecc.). Il Codice tolse queste discrepanze ordinando per tal caso una particolare prescrizione: l'azione estinguesi con un anno di silenzio da correre non dal giorno del fatto della ingratitudine, e nemmeno da quello in cui il donante ne è stato conscio, ma dal giorno in cui abbia potuto esserlo. La legge non ha voluto costringere il donatario a provare che il donante abbia saputo il *delitto* (cioè quel fatto che costituisce l' ingratitudine); bastando onde respingere l'azione, che provasse essere passato più di un anno da quando le circostanze gli abbian consentito di saperlo.

707. L'azione del donante si estinguerebbe altresì col perdono accordato al donatario, il quale potrebbe indursi dalle circostanze che saranno valutate dai tribunali. Nè opiniamo come Poujol (n. 2) che il fatto perdonato può essere nuovamente allegato per ravvalorare i fatti posteriori d'ingratitudine; non potendo essere d'alcun valore l'argomento cavato dall'art. 273 (224) perchè in prima siamo in una materia rigorosissima, penale, e non può estendersi qui per analogia; non esiste nemmeno la pretesa analogia, poichè nell'articolo 273 (224) è quistione, se la vita comune sia o pur nò sopportevole pei coniugi, di che può giudicarsi da tutti insieme i fatti passati e presenti.

II. — **708.** Il secondo paragrafo del nostro articolo espressamente dichiara, che la revoca non può domandarsi nè contro gli eredi del donatario nè dagli eredi del donante; l'azione è tutta personale attivamente e passivamente, e dev' essere sperimentata dallo stesso donante contro la persona del donatario.

Ma la legge fa una eccezione a tal principio per gli eredi del donante, permettendo loro di continuar l' azione che è stata intentata dal loro autore; ed anche di intentarla quando egli sia morto *entro l' anno del delitto*, cioè, a nostro avviso, entro l'anno a contare dal giorno in cui il defunto *abbia potuto conoscerlo*; parendoci ben naturale, come al più degli scrittori, non ostante che si opponga Coin-Delisle (n. 13), d'interpetrare le due parti dell' articolo l'una coll'altra. Il medesimo Coin-Delisle dice, esser dinegata la azione agli eredi morendo il donante scorso l'anno, perchè si reputa abbia perdonato; ma non può ciò ritenersi quando egli non abbia potuto conoscere il delitto.

Così il dritto passa agli eredi del donante quando per costui si è aperto, e tale quale era per lui; e se fossero passati undici mesi dal dì che il defunto avesse potuto conoscere il delitto, gli eredi avranno un sol mese per agire, come lo avrebbe avuto il defunto; appartenendo loro l'azione per eccezione, e tal quale il donante l' ebbe e loro la trasmise. Di che conseguita, che il dritto di rivocare per ingratitudine *non può giammai sorgere* dopo la morte del donante, e per un fatto avvenuto appresso; perciò l'articolo non novera tra le cause il difetto di denunzia dell'omicidio del donante (art. 727 (648)), nè alcuna altra ingiuria fatta alla memoria del donante (art. 1047 (1002)). Permettere l' apertura del dritto dopo la morte del donante e in vantaggio degli *eredi*, sarebbe lo stesso che distruggere l'idea precipua del nostro articolo, che stabilisce come *principio* il diniego del dritto agli eredi, consentendo loro l'azione per *eccezione*.

709. La legge non fa alcuna eccezione al principio che la revoca non può farsi contro gli eredi del donatario, d'onde segue che l'azione è estinta quando pure il donatario muoja entro l' anno del delitto; sebbene sia stata intentata contro lui in-

nanzi che morisse. Gli scrittori respingono quest'ultima idea, ma le loro ragioni ci sembrano poco concludenti (1).

Si fondano in prima sopra una vecchia massima romana secondo cui qualunque azione che si estingue con la morte si continua quando sia fatta giudiziariamente; *Omnes actiones quae morte pereunt, semes incluse judicio salvæ permanet*, ma tal regola dunque va applicata così assolutamente, come vuol dirsi? quando alcuno tradotto in giudizio per un misfatto o un qualunque delitto muore durante la istruzione, non si può continuare contro il suo erede l'azione intentata contro lui. Coin-Delisle, il quale tuttochè riproduca tal ragione, non la trova soda, soggiunge che « la morte del donatario sopravvenuta » innanzi la domanda lasci ignorare se il » defunto non abbia perdonato, mentre » l'azione intentata durante sua vita prova » il contrario ». Quest'altra ragione è forse migliore della prima? Quando il donatario è morto dopo avere fatto offesa al donante, e costui sperimenta poi l'azione di revoca, la sua risoluzione non vi dimostra che egli non avea volontà di perdonarlo? Questa volontà non può altrimenti indursi che dal silenzio durato *per un anno*. Duranton dice ancora, che il donante il quale ha esercitato l'azione, non può perderne il beneficio per un fatto estraneo a lui, la morte del donatario. Ma tal riflessione gli dovrebbe far consentire lo sperimento anche della azione dopo la morte del colpevole; perchè questo fatto estraneo lo priverebbe del dritto d'intentare la sua azione? Il *perchè* ha la medesima risposta in ambi i casi, trattandosi di una punizione, la quale non può applicarsi quando il colpevole è morto.

S'insiste da ultimo da Duranton sul divieto che fa l'articolo di *domandare* la revoca contro gli eredi del donante senza pur vietare che si *seguisse e continuasse*.

Questo argomento del testo non è felice; essendo manifesto che l'articolo trattando di domandare la revoca si applica tanto al proseguimento che allo introdursi dell'azione, perchè dice, che « la revoca non potrà esser domandata dagli eredi del donante *tranne che l'azione non sia stata intentata* da costui ». — Il testo così male a proposito allegato da Duranton ci sembra al contrario decisivo su la nostra dottrina. « La revoca, egli dice, non può domandarsi nè contro gli eredi del donatario nè dagli eredi del donante »; questo è il principio. Si aggiunge: « tranne che in *quest'ultimo caso* l'azione non sia stata intentata dal donante »; questa è l'eccezione. Ma essendo la eccezione per L'ULTIMO caso, dunque non ve n'è alla prima parte la quale dichiara *non potersi domandare la revoca contro gli eredi del donatario*.

E in vero, la revoca essendo una pena deve solo applicarsi alla persona del colpevole. Questo pensiero del Codice è altronde non dubbio, avendo qui a bella posta derogato doppiamente agli antichi principi. Un tempo la regola era una contro gli eredi del donatario e per gli eredi del donante, l'azione già intentata proseguivasi o contro gli uni o dagli altri, non potendo mai essere intentata nè da questi nè contro quelli (Pothier, *Donazioni fra vivi*, sez. 3, art. 3, § 4). Il Codice permette agli eredi del donante non solo di proseguire l'azione, ma anche d'incominciarla; non permettendo che si cominci nè si continui contro quelli del donatario; ristringe da una parte la regola, mentre l'amplia dall'altra. Sarebbe una stranezza che ciò fosse avvenuto per caso! si dirà forse che i compilatori *non abbian creduto utile* annunziare che l'azione sperimentata si continuerebbe contro gli eredi del donante perchè questo andava da se? Ma l'articolo smentisce tale asserto con lo spiegarsi bene rispetto agli eredi del donante.

III. — 710. Il Codice dice quanto debba durare l'azione di revoca per ingratitudine; ma in nissun luogo dice, quanto duri quella per inadempimento dei pesi. Il qual silenzio è chiarito dal pensiero sopra sviluppato, che questa ultima causa di revoca va

(1) Guillon (n. 747); Duranton (VIII-562); Dalloz (n. 17); Coin-Delisle (n. 12).

soggetta alla regola dei contratti ordinari.

Posto ciò, bisogna dire che l'azione, essendo una domanda di nullità di un contratto, si prescriverà in dieci anni secondo l'articolo 1304 (1258) ovvero che debba naturalmente durar tanto, quanto il dritto che ha il donante di domandare lo adempimento dei carichi da lui imposti cioè a dire in trent'anni secondo la regola generale dell'art. 2262 (2168)? Ciò dipenderà dal modo onde è stata concepita la domanda del donante. Se direttamente vuol la revoca, gli è manifesto esser questa una vera domanda di nullità, e tale azione non potersi fare dopo il decennio; ma se vuole lo adempimento delle obbligazioni stipulate da lui, se ama meglio che il donatario consenta alla revoca, la sua azione potrà ammettersi dopo i trenta anni, non essendo lo annullamento l'oggetto della domanda.

958 (883).—La rivocazione per causa d'ingratitudine non pregiudicherà nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali che egli abbia potuto imporre sulle cose donate; purchè tutto ciò sia avvenuto prima che l'estratto della domanda di revocazione sia stato inserito al margine della trascrizione ordinata nell'articolo 863 (782).

Nel caso di rivocazione il donatario sarà condannato a restituire il valore delle cose alienate, avuto riguardo al tempo della domanda ed i frutti raccolti dal giorno della stessa domanda.*

SOMMARIO

I. Perchè la risoluzione qui è puramente relativa al donatario. Come pubblicare la domanda quando non vi è stata trascrizione. Quid delle donazioni mobiliari?
II. Effetti della rivocazione rispetto al donatario.

I.—711. La revoca per ingratitudine è veramente una pena e doveva quindi gravare sul solo colpevole, come abbiam detto sotto l'articolo precedente; dunque non potea farsene risentire lo effetto ai terzi nè applicarsi qui il principio *soluto jure dantis solvitur jus accipientis*; la risoluzione dei dritti del donatario ingrato non doveva essere assoluta, ma relativa alla persona di lui. Conseguentemente dichiara il nostro articolo, che le alienazioni o concessioni di dritti reali sopra l'immobile donato saran mantenute, purchè anteriori al risolvimento il quale fa rientrar la cosa nel patrimonio del donante.

La risoluzione, come abbiamo già osservato (art. 956 (881), non può avvenire mai di pieno dritto, ma risulta dalla sentenza del magistrato; e siccome questa retroagisce in generale al giorno della domanda, così da tal giorno l'immobile donato se fosse ancora libero nel patrimonio del donatario ingrato, dovrebbe rientrare in quello del donante. Nondimeno la legge che deve proteggere la buona fede dei terzi, non rivoca rispetto ad essi la proprietà del donatario, dichiarando nulle le alienazioni o concessioni di dritti reali dal giorno che la domanda fosse resa pubblica.

712. La pubblicazione della domanda quando la donazione è stata trascritta si fa naturalmente con la inscrizione di uno estratto di essa nei registri del conservatore in margine della sua iscrizione. Ma come si farebbe se la donazione non fosse stata trascritta? Uno scrittore (Guilhon, n. 751) ha stimato non essere allora ne-

* Decreto 10 gennaro 1823.—1. Per la iscrizione della domanda di revoca di donazione, di cui è parola nell'articolo 883 delle leggi civili, sarà esatto il diritto fiscale di grana cinquanta, e l'emolumento del conservatore stabilito coi numeri 1 e 7 dell'articolo 90 della legge dei 21 di giugno 1819. — 2. Per la radiazione della suddetta inscrizione sarà esatto similmente il diritto fiscale di grana cinquanta e l'emolumento di grana venti del conservatore.—3. Tanto per l'una, che per l'altra formalità mentovate ne' due articoli precedenti sarà rimborsato al conservatore l'importo del bollo dei registri della conservazione.

cessaria; e che in questo caso tutte le alienazioni posteriori alla domanda sebbene non iscritta fossero nulle, perchè lo acquirente deve imputare a se solo di avere acquistato da un donatario che non avesse fatto trascrivere. Questa dottrina non soddisfà, potendo avvenire che un donatario trascrivesse dopo fatta la domanda, e vendesse poi ad un terzo il quale, vedendo la donazione trascritta, e ignorando affatto la domanda di revoca, non potrebbe tassarsi di negligenza. Non è forse chiaro che la pubblicazione della domanda sia qui la idea principale, che la legge riguarda e doveva specialmente riguardare, e che il *modo* della pubblicazione sia cosa secondaria; per modo che se la pubblicazione non può farsi di questo modo, dovrà farsi di quell' altro? Opiniamo dunque che anche senza esservi trascrizione il donante dovrà far sempre la sua iscrizione o in margine di una trascrizione ch' egli medesimo richiedesse, come vuol Duranton (n. 570), o meglio (essendo questo primo mezzo più grave di quel che la legge richiede) con far la iscrizione solo nel corpo del registro del conservatore.

713. Quando i beni donati son mobili, il nostro articolo non può di certo applicarsi; ma il donante avrà sempre un mezzo onde garentire l'effetto della sua domanda. Se sono mobili corporali e non cose di consumo, e trovansi ancora nelle mani del donatario, ovvero se sono rendite, crediti o altri beni incorporali che il donatario non abbia ancora ceduto, potrà il donante nel far la domanda eseguire in virtù di una ordinanza del presidente (Codice procedura, art. 826 (909)) un sequestro che vieterà al donatario di alienare durante il giudizio le cose che ancora possieda.

Ma se fossero denari o altre cose di consumo, il donante è, nè altro può essere, un creditore chirografario, il quale concorrerebbe in proporzione insieme agli altri creditori, non potendo fare altro che sequestri, col permesso del giudice (Codice procedura, art. 568 (648)) come lo possono tutti i creditori.

II. — 714. Prima del Codice si disputò se il donante che fa pronunziare la revoca per ingratitudine contro un donatario, il quale abbia alienato i beni donati dovesse conseguire un ristoro contro di lui: Pothier era di quelli che professavano la negativa; quelli che adottavano la contraria sentenza accordavano il ristoro fino alla concorrenza della somma che il donatario avesse ottenuto dalla alienazione. Il Codice va molto più in là, obbligando il donatario a tener conto al donante, assolutamente in tutti i casi, del valore che la cosa alienata aveva nel momento della domanda. Oltre a ciò il donatario terrebbe ragione dei deterioramenti non che degli aumenti sopravvenuti fino al giorno della domanda per fatto proprio o dei suoi acquirenti, cioè la somma di cui sarà debitore dovrà rappresentare il valore della cosa al tempo della domanda se non fosse stata donata, o se fosse sempre stata presso il proprietario.

E dovendo il donatario pagare al donante il valore della cosa da lui alienata, dovrà altresì per medesimezza di ragione, rendendo la cosa in ispecie, ristorarlo della diminuzione di valore provenuta dai dritti reali che vi sieno stati imposti.

715. E nello stesso caso in cui si restituisca in ispecie, il donatario sarebbe trattato come possessore di buona fede per le piantagioni, costruzioni ed altri lavori fatti fino al giorno della domanda, e come possessore di mala fede per tutti i lavori posteriori (art. 555 (480)). In fatti, il donante intende esercitare dal giorno della domanda il dritto di riprendere la cosa donata, che gli vien conferito dal delitto di ingratitudine. Per la medesima ragione, il donatario è tenuto ai frutti a contare da quel giorno.

959 (884). — Le donazioni a contemplazione di matrimonio non saranno rivocabili per causa d' ingratitudine.

SOMMARIO

I. Il nostro articolo si applica alle donazioni fatte dai conjugi stessi nel contratto di matrimonio.
II. Controversia su tal quistione.—Soluzione negativa.
III. Applicazione dell' articolo alle donazioni vicendevoli o rimuneratorie.

I.—716. Quistione ben grave e molto controversa è se questo articolo *per donazioni in favore del matrimonio* intenda tutte quelle fatte nel contratto di matrimonio comprese quelle fatte dall'uno allo altro conjuge, ovvero soltanto quelle fatte dai terzi ai conjugi o ad uno di loro. In altri termini, le donazioni che i conjugi si fanno nel loro contratto di matrimonio possono a pur nò rivocarsi per la ingratitudine del donatario? Questa quistione, come scorgesi, rannodasi intimamente all'altra da noi trattata sotto l' art. 311 (T), n. II), la quale versa in ciò, se le donazioni fatte dall'uno all'altro conjuge si revochino per la separazione di persona pronunziata contro il conjuge donatario, come lo sarebbero per il divorzio secondo l'art. 299 (228 M).

Noi risolvemmo affermativamente quest'ultima quistione, per modo che, secondo il nostro avviso, non può più presentarsi l' altra che il nostro articolo fa sorgere, quando contro il conjuge donatario è stata giudicata la separazione: essendo la donazione *revocata* per la stessa separazione, non può domandarsi se sia *revocabile*. Ma la quistione resta integra per il caso in cui il conjuge donante non abbia fatto pronunziare la separazione contro l' altro.

Purnondimeno è solo in teoria che la soluzione data da noi alla quistione di revoca per la separazione lasci integra in alcuni casi quella di revocabilità per il semplice fatto della ingratitudine; perchè in fatto quella soluzione renderà quasi sempre inutile la disamina dell' altra quistione. In vero evvi sempre grave ingiuria (se non vi è di più) nei fatti che dan luogo alla revoca di una donazione; ma essendo la ingiuria grave anche una causa di separazione, il conjuge che potrebbe ottenere la revoca per ingratitudine contro l' altro, potrebbe ottenere per ciò la separazione. Ora il conjuge che si farà ad irritare l'altro con lo allegare pubblicamente le ingiurie, è risoluto a rompere la comunione della vita, e siccome in tal caso egli potrà necessariamente, ed anche vorrà ottener la separazione, ne conseguita quindi che egli la otterrà; e pertanto essendo revocata la donazione per separazione secondo la nostra teoria, non si indagherà mai se la si debba revocare per lo stesso fatto della ingratitudine. Le due quistioni, come si scorge, non sono in certo modo che una sola; e quelli soltanto i quali non ammettono la revoca per la separazione secondo l'art. 299 (228 M), hanno ad esaminare in secondo luogo se la si debba ammettere per ingratitudine secondo l' articolo 955 (880). Esaminiamo dunque questa quistione.

II.—717. Le moltissime autorità che non ammettono si revochi la donazione per la separazione di persona, non ammettono nemmeno che possa revocarsi per il semplice fatto dell'ingratitudine; allegando per motivo che il Codice *per donazioni in favore di matrimonio* comprenda tutte quelle che si fanno nel contratto di matrimonio, come vien provato dagli art. 1088 e 960 (1043 e 885).

Ma primieramente, in qual *modo la legge* che colpisce il donatario ingrato, anche estraneo al donante, lo risparmierebbe se suo conjuge fosse, cioè, quando egli deve adempire verso di lui sacri doveri, e per conseguenza sarebbe più nera la ingratitudine? La legge di certo sarebbe *immorale*, e i nostri avversari positivamente lo riconoscono (Coin-Delisle, n. 5). Ma perchè una legge s' intenda in un senso *immorale*, è mestieri che non le si possa affatto dare altro senso. Ma il senso dato

qui alla legge è in prima respinto dalla ragione, e i testi del Codice son ben lontani dal volerlo imperiosamente come si pretende.

E dapprima, secondo la ragione per donazioni in favore di matrimonio devonsi intendere quelle fatte ai conjugi dai terzi, e non quelli che l' un conjuge faccia all' altro. Essendo la donazione fatta da un parente o da un amico non vantaggia solo al conjuge donatario, ma altresì all'altro conjuge e ai figli da nascere, i quali tutti avranno maggiore agiatezza di quella avrebbero avuta se non vi fosse stata la donazione; vantaggia dunque alla famiglia, alla economia, ed è realmente in favore del matrimonio. Ma al contrario, fatta la donazione al conjuge dall'altro, essa non vantaggia nè a costui nè ai figli, perchè la cosa donata sarebbe sempre stata nella casa, tanto se rimaneva al donante, quanto se passava al donatario; dunque tal donazione è fatta *in favore del donatario solo*, onde secondo la ragione per donazioni in favore del matrimonio bisogna che si intendano quelle sole fatte ai conjugi da terzi, e non quelle fatte dall'uno all' altro conjuge. Dice pur la ragione, che le prime non debbano venir revocate per la ingratitudine del donatario, e le seconde debbano esserlo come tutte le altre, anzi con più ragione. Le une, quelle fatte dai terzi, non devono essere rivocate, perchè per colpa del conjuge donatario si punirebbe l' altro, e i figli che son tutti innocenti. Le seconde al contrario devono essere revocate come tutte le altre, essendo dalla revoca colpito il conjuge colpevole, perchè ritogliendogli la cosa, la lascia nella famiglia, nel patrimonio dell'altro in cui sempre la ritroveranno i figli; la revoca anzichè punirli giova agli innocenti; al conjuge donante che ritrova la sua cosa; ai figli il cui patrimonio è confidato a mani più degne, anzichè rimanere presso un cattivo conjuge che per lo più è cattivo padre. La revoca dunque in tal caso è *più* desiderabile che nei casi ordinari, per lo interesse della famiglia, ed anche perchè il donatario ingrato è più colpevole di ogni altro per la sua qualità di conjuge.

Tutto concorre perchè le donazioni fatte ai conjugi dai terzi sieno irrevocabili non ostante la ingratitudine del donatario, e perchè le altre che si fanno i conjugi fra loro sieno rivocate, cioè tutto concorre a dimostrare che il nostro articolo per donazioni *in favore del matrimonio* ha inteso solo quelle fatte da terzi.

718. Ci si oppongono due testi del Codice, gli art. 1088 e 960 (1043 e 885) nei quali dicesi che le parole *donazioni in contemplazione di matrimonio*, significhino necessariamente tutte quelle fatte per contratto di matrimonio. Valutiamo questo argomento. E primieramente faremo osservare, che in generale il Codice chiama donazioni in contemplazione del matrimonio o in contemplazione dei conjugi, o anche per contratto di matrimonio (nulla aggiungendo a queste ultime espressioni) quelle fatte ai conjugi dai terzi; e dinota col nome speciale e quasi consacrato di donazioni *fra conjugi* quelle che i conjugi possono mutuamente farsi, o durante il matrimonio o anche nel loro contratto di matrimonio ; Ciò vien provato dal paragone dei due capitoli VIII e IX del nostro titolo. Nel capitolo VIII si tratta di donazioni fatte ai conjugi da terzi; di più vedete la rubrica e i diversi articoli « delle donazioni *fatte per contratto di matrimonio* ai conjugi » (rubrica); qualunque donazione *fatta per contratto di matrimonio ai conjugi o ad uno di essi*... art. 1081 (1037); « La donazione *per contratto di matrimonio* » art. 1084 (1040); « La donazione *per contratto di matrimonio in favore dei conjugi* » art. 1086 (T); « Le donazioni *fatte per contratto di matrimonio*... » art. 1087 (1042) ; « qualunque donazione *fatta in contemplazione del matrimonio*... » articolo 1088 (1043) ; « tutte le donazioni *fatte ai conjugi nel loro contratto di matrimonio*... » art. 1090 (1045).—Nel capitolo IX trattandosi delle donazioni che i conjugi si fanno l' uno l' altro, non si usa mai altra espressione che questa: *fra conjugi*...; « Delle disposizioni fra *conjugi* o per contratto di matrimonio, o... (ru-

brica) : « qualunque donazione fatta *fra conjugi* » art. 1092 (1047); « La donazione di beni futuri o... fatta *fra conjugi* « art. 1093 (1048) » Tutte le donazioni fatte *fra conjugi* durante il matrimonio... art. 1096 (1050).

Quindi per *donazioni fatte a un conjuge o ai conjugi o in favore dei conjugi o in favore del matrimonio*. il Codice intende quelle fatte dai terzi.

Si mettono innanzi due testi. E prima l'art. 1088 (1043), ma appunto questo che parla di qualunque donazione *fatta in contemplazione del matrimonio*, è collocato nel capitolo VIII, e quindi parla solo delle donazioni fatte dai terzi: nel seguente capitolo si tratta delle donazioni che i *conjugi potranno farsi* anche per *contratto di matrimonio*, reciprocamente, o l'uno di essi all'altro art. 1091 (1046). Egli è il vero, che la regola dell'art. 1088 (1043), come pur l'altra dell'art. 1087 (1042), si applicano ugualmente alle donazioni fra conjugi, ma solo per argomento ed analogia degli articoli. — L'argomento cavato dall'art. 960 (885) sembra a primo aspetto più forte; e in fatti è la maggiore obbiezione dei nostri avversari. Esaminiamolo dunque accuratamente.

L'art. 960 (885) dice, che « tutte le donazioni fatte da persone che non avevano figli, o discendenti viventi, e quelle pure che fossero state fatte *a contemplazione di matrimonio da qualunque altra persona*, fuorchè dagli ascendenti ai conjugi *o dai conjugi stessi l'uno all'altro*, saranno... » Quindi, si dice, l'art stanzia una regola applicabile solo alle donazioni fatte *in contemplazione di matrimonio*, eccettuandosi quelle che si fanno i conjugi l'uno all'altro ; ma si eccettùa da una regola quello che essa comprende : dunque la classe delle donazioni *in contemplazione di matrimonio* comprende quelle che si fanno i conjugi medesimi. Sarebbe concludente e decisivo l'argomento, se si potesse confidare nella compilazione dell'artic. 960 (885); se dovesse o potesse soltanto credersi che i compilatori abbiano scelto a bella posta le parole di che esso è composto. Ma non è così; essendo *evidente* al contrario , che essi nello scriver quello articolo *neppur pensarono* ai termini adoperati e che toglievano dall'art. 39 dell'ordinanza del 1731. In vero, l'articolo pone una regola applicabile solo alle donazioni fatte *da persone che non abbiano discendenti viventi*, eccettuando quelle fatte in contemplazione di un matrimonio dagli *ascendenti dei conjugi donatari*; ma (diremo usando dello argomento dei nostri avversari) si eccettua da una regola ciò che essa comprende; dunque la classe delle donazioni fatte da persone che non abbiano figli, comprende quelle che gli ascendenti fanno *ai loro figli*!!! Tanto vale trovarci nello assurdo; è così viziosa, inconsiderata e irriflessiva la maniera onde fu compilato il testo che ci oppongono. Di certo dicendo un articolo che la sua regola è scritta pei donanti che non abbiano figli, e che bisogna eccettuarne quelli che donano ai loro propri figli, la è cosa impossibile cavare argomento della sua compilazione, e fare di quel suo modo il fondamento di una decisione. Gli è manifesto che a cogliere il pensiero dell'art. 960 (885) non bisogna badare nè alla compilazione nè allo ordinamento *delle parole*, che le parole *da altri tranne da ascendenti o da conjugi* in ordine a quelli che li precedono non formano *una eccezione* ma una spiegazione, uno sviluppo, *una conseguenza*. Gli è questo il *pensiero* dell'articolo ; la regola è fatta per tutte le donazioni che provengono da persone che non hanno figli, di conseguenza non si applica a quelle che gli ascendenti fanno ai loro discendenti. È fatta per tutte le donazioni, cotalchè *senza ristringersi* alle sole ordinarie, si estende pure a quelle in contemplazione di matrimonio; ma si ferma a queste ultime, e conseguentemente non abbraccia quelle che nel contratto si fanno i conjugi l' uno all' altro (vedi l'ultima osservazione dell'art. 1093 (1048)).

Adunque i testi del Codice anzichè imporre che si desse al nostro articolo il significato da noi combattuto, sono d'accordo con quell'altro senso imposto dalla ragione e dalla morale.

III. — 719. L'articolo 955 (880) dichiara

che le donazioni assolutamente senza restrizione sono revocabili per la ingratitudine del donatario; il nostro art. 959 (884) ne eccettua solo le donazioni fatte in contemplazione di matrimonio; dunque tutte le altre vanno soggette al principio. Si annulleranno quindi per ingratitudine e le donazioni onerose o le rimuneratorie, e quelle reciproche.

Si annulleranno le donazioni onerose o rimuneratorie; ma di certo il donatario potrebbe rivolgersi contro il donante onde farsi ristorare nel primo caso dei pesi che avrebbe adempiti; e nel secondo, del valore dei servizi da lui prestati purchè sien tali da valutarsi a danaro, e per cui il donatario avrebbe potuto richiedere un pagamento. Noi supponiamo che il valore dei pesi imposti o dei servizi prestati non pareggi quello dei beni donati; perchè se così non fosse, l'atto sebben qualificato donazione, sarebbe veramente a titolo oneroso, e quindi non potrebbe venir rivocato per ingratitudine.

Trattandosi di una donazione reciproca cioè dell'atto con cui due persone si fanno reciprocamente una liberalità, la donazione sarà rivocata per lo intero, ovvero cadrà solo la liberalità fatta all'ingrato, sussistendo sempre l'altra? Noi opiniamo che la donazione allora sia rivocata da una parte. Così quando col medesimo atto Pietro ha donato la sua casa a Paolo e questi donatogli il suo podere, essendo Pietro divenuto reo d'ingratitudine, Paolo, riprenderà il podere donatogli, conservando sempre la casa ricevuta da lui. In fatti, perchè Pietro perduta la sua liberalità, vegga pur cadere quella da lui fatta a Paolo, sarebbe mestieri che quella fosse stata la causa della sua; egli allora direbbe che col venir meno la liberalità da lui ricevuta, cessasse la causa della liberalità che egli avea fatto, e pertanto quest'ultima fosse egualmente nulla per mancanza di causa (art. 1108 (1062)). Ma non è così; quando Pietro ha donato la sua casa, la causa della sua liberalità non ha potuto essere legalmente la donazione fattagli da Paolo, ma solo il desiderio di fare un benefizio. Se egli avesse rilasciata la casa per ricevere il podere, e Paolo il podere per ricevere la casa, essi non avrebbero fatto una donazione, ma sì un cambio. Or se la causa di una delle liberalità non è nell'altra liberalità, questa dunque può essere annullata, e venir meno rimanendo l'altra non priva di causa (1).

960 (885). — Tutte le donazioni tra vivi fatte da persone che non avevano figli o discendenti viventi al tempo della donazione, di qualunque valore esse sieno, per qualunque titolo fatte, ancorchè fossero vicendevoli o rimuneratorie, e quelle pure che fossero state fatte a contemplazione di matrimonio da qualunque altra persona fuorchè dagli ascendenti ai conjugi, o dai conjugi stessi l'uno all'altro, sono rivocate *ipso jure* per la sopravvegnenza di un figlio legittimo del donante, benchè postumo, o per la legittimazione col susseguente matrimonio di un figlio naturale nato dopo la donazione.*

SOMMARIO

I. Osservazioni preliminari su questo ed i seguenti articoli. — Divisione della spiegazione.

II. — 1. Quando il donante è senza figli? Un figlio naturale non conterebbe; censura di una decisione della Corte di Parigi.

III. Quid del figlio naturale del morto civilmente, e del figlio adottivo?

IV. — 2. Quali donazioni son soggette allo articolo.

(1) *Conf.* Guilhon (n. 781); Delvincourt, Duranton (VIII-590); Poujol (art. 960 (885), n. 14), Vazeille (*ibid.*); Dalloz (cap. 5, sez. 2).

* Decreto 13 gennaro 1843. — Veduto l'articolo 885 delle leggi civili sulla rivocazione delle donazioni tra vivi per sopravvegnenza di figli.

1°. Le donazioni di solo usufrutto le quali saranno fatte in avvenire a titolo di patrimonio sacro, non saranno rivocate *ipso jure* nè rivocabili finchè viva il donatario.

V.—8. Quando vi ha sopravvenienza di figli?—Del figlio nato nel matrimonio putativo, tre sistemi (erronei). Delvincourt Duranton e Vazeille.

VI. Legittimazione del figlio naturale nato dopo la donazione. Mutamento recato all' antica giurisprudenza.

VII. Quid del rientrare nella vita civile e del ritorno dell' assente?

VIII. L'adozione opera la rivocazione. Censura della contraria dottrina, ammessa generalmente, e seguita sino ad ora dallo scrittore.

I.—720. L'amore che l'uomo porta ai suoi discendenti, alla famiglia che viene da lui, fa naturalmente supporre che la donazione fatta da chi non avea figli non sarebbe stata fatta se ne avesse avuto; questa idea ha tratto il legislatore a bandire il principio della revoca di donazione per sopravvenienza di figli. La quale regola introdotta sotto l'Imperadore Costanzo nel 355 con la legge *Si unquam* era stata dettata per le sole donazioni fatte agli affrancati dal loro patrono che non aveva figli. Se non che l'uso la estese poi a qualunque classe di persone, e la nostra antica giurisprudenza l'applicava ora in questo, ora in quel modo secondo i tempi e i luoghi, quando l'ordinanza del 1731 le diede un ordinamento uniforme per tutta la Francia cogli articoli 39 a 45.

I sette articoli 960 a 966 (885 a 891) che bisogna spiegare onde por termine al capitolo delle donazioni fra vivi ordinarie, riproducono quasi alla lettera i sette articoli 39 a 45 dell'ordinanza. Le sole differenze da osservare son queste: l'essersi tolte nell'art. 960 (885) 1° le espressioni ultime, *e non per alcun' altra specie di legittimazione*; 2° la parola *dotario* nell'art. 963 (888) (i quali mutamenti si comprendono facilmente, non ammettendosi dal Codice nè il dotario nè altra legittimazione fuorchè quella del susseguente matrimonio); 3° altro mutamento di maggior rilievo risulta dalle parole del nostro articolo, *se è nato dopo la donazione*, del qual mutamento spiegheremo appresso la causa e gli effetti. Tranne questi tre punti, i nostri sette articoli sono stati scrupolosamente copiati dagli altri sette corrispondenti dell' ordinanza.—Ciò spiega perchè l'art. 960 (885) abbia determinato con tante particolarità che la sua causa di revoca sia applicabile a questa e quell'altra specie di donazioni, anzichè dettare una regola generale ed assoluta, come ha fatto l'art. 953 (878) per la revoca per effetto dell'inadempimento di pesi o della ingratitudine del donatario. Siccome i nostri compilatori copiavano qui i sette articoli della ordinanza, i quali onde troncare le molte quistioni dovettero estendersi in molti particolari, il Codice ha trattato ben lungamente questa terza causa di revoca, e presentato esplicitamente alcune regole che per le altre due lascia sottintese.

E il Codice col riprodurre i testi della legge precedente, ha voluto anche riprodurne il concetto; vive anche oggidì l'antica giurisprudenza, tranne l' unica modificazione che deriva dalle parole *nato dopo la donazione*. Nel progetto del Codice i nostri articoli erano sostituiti da un solo, il quale dichiarava che la sopravvenienza dei figli non farebbe più revocare le donazioni (Fenet, XII, pag. 372). Ma l'articolo quando si discusse al consiglio di Stato fu rigettato; e tornato a discutersi se l'antica giurisprudenza *si ammettesse in tutta la sua estensione*, la quistione fu messa ai voti, ed il Consiglio dichiarò di *adottare il dritto stabilito* dalla ordinanza del 1731 (*ibid.*, pag. 375, 376).—Di che segue che nella interpretazione degli articoli che noi spiegheremo si deve in generale accordare ai nostri antichi scrittori tanta autorità quanta ne han quelli che hanno scritto sotto l'impero del Codice.

721. Onde spiegare il nostro art. 960 (885) esamineremo mano mano, e secondo l'ordine che offre il testo dell'articolo: 1° come debba intendersi che il donante non abbia figli; 2° quali donazioni sieno revocabili in tal caso; 3° finalmente come si compia la condizione risolutiva della sopravvenienza dei figli.

II.—722. La prima condizione che vuolsi

per la revoca di una donazione per sopravvenienza di figli, è, che il donante non abbia discendente vivente al tempo della donazione.

E dapprima, onde impedire la revoca, basta che il donante al tempo della donazione abbia un solo discendente; poco importando che sia figlio o figlia, di primo o di secondo letto, legittimo propriamente detto o semplicemente legittimato. Ma basterebbe anche se fosse un figlio naturale riconosciuto?

Alcuni giureconsulti (1) rispondono di sì, per le seguenti quattro considerazioni: 1° Un figlio naturale desta il sentimento della paternità, come un legittimo, e l'affezione di un padre è così profonda per l'uno come per l'altro; — 2° L'articolo dichiara revocabili le sole donazioni fatte da persone che non abbiano figli; or quello che ha un figlio naturale *legalmente riconosciuto*, non è senza figli in faccia alla legge; è dunque di arbitrio il dire che si tratti di figli legittimi, facendo quella distinzione che la legge non fa; — 3° l'articolo nella sua prima parte parla a bella posta di *figli*, assolutamente e senza distinzione; perchè nell'ultima sua parte ha voluto distinguere i figli naturali e i legittimi; e siccome i compilatori pensavano a tal distinzione, non avrebbero trascurato di metterla nel principio come fecero nella fine, se avessero voluto escludere i figli naturali; — 4° in fine, se fosse dubbia tal decisione nel modo com'era compilato lo articolo corrispondente della ordinanza, non potrebbe esserlo oggidì in faccia al mutamento recato alla fine dell'articolo dal legislatore del 1804. In fatti, l'ordinanza ammetteva la revoca per la legittimazione del figlio naturale in qualunque tempo fosse nato; ma il Codice l'ammette solo quando il figlio sia nato *dopo la donazione*. Così la donazione non sarebbe revocata per la legittimazione del figlio *nato prima*; ma nonpertanto la legittimazione dà in dritto un figlio legittimo; ma se questi (nato dopo la donazione) non revoca la donazione, vi è dunque una donazione revocabile perciò solo, che il donante avesse un figlio naturale al tempo di essa. Quindi è dimostrato collo stesso testo dell'articolo che la sola esistenza di un figlio naturale possa impedire la revoca posteriore.

Altri, e sono i più, professano una dottrina contraria ch'è pur la nostra. Ecco le nostre ragioni.

723. 1° Un figlio naturale, checchè se ne dica, non genera nel cuore di un padre i medesimi affetti che un figlio legittimo. Il figlio naturale non darà al padre, nello stesso grado almeno, quel prevedimento dello avvenire, quelle preoccupazioni di educazione e di collocamento che produrrebbe un figlio legittimo. Il padre non potrà menar vanto del figlio naturale, e metterlo innanzi nel mondo come suo futuro rappresentante; nè lo farà succedere al suo posto sociale, al grado e alla riputazione che egli gode; non avrà nemmeno il lieve conforto di trasmettergli lo splendido patrimonio, essendo dalla legge impedito a lasciargli tutta la sua eredità, mentre esistono parenti collaterali. Così tutti i giorni vediamo non essere la presenza di figli naturali impedimento a quei ridicoli sciupii, a quelle folli spese d'ogni sorta, che sono la prerogativa di ciò che nel mondo dicesi la vita del *garçon*; mentre la sopravvenienza del figlio nato dal matrimonio reca con se le mature riflessioni, lo spirito di ordine, di economia e di preveggenza. — 2° Di più i compilatori han voluto solo parlare di figli legittimi. In fatti l'articolo parla ad un tempo *di figli o discendenti*, ma non di discendenti naturali, non riconoscendo la legge alcun legame fra un naturale e i suoi discendenti, fuorchè il padre e la madre. Dunque *discendenti* significa *discendenti legittimi*; e poichè l'articolo rassomiglia e riunisce i figli e i discendenti, si occupa dunque dei figli della stessa qualità dei discendenti, cioè dei figli legittimi. D'altronde, è stato positivamente detto dai compilatori che intendevano rifermare *il dritto*

(1) Guilhon (n. 763); Toullier, IV, p. 104); Pont (*Revue critique*, I, p. 696).

stabilito dalla ordinanza; dunque usando i *medesimi termini* di una volta intendevano serbare loro *lo stesso significato*. Ora la parola *figli* ha significato sempre *figli legittimi*; gli era questo un punto certo e che non fu mai controverso prima del Codice (1). — 3° Poichè secondo la fine dello articolo, la donazione fatta da chi non ha alcun figlio non è rivocata per la nascita di un figlio naturale, dunque questo figlio non mette il padre in quelle condizioni in cui lo metterebbe il figlio legittimo, nè gl'impone i medesimi doveri, nè gli dà i medesimi bisogni, le medesime preoccupazioni, ecc. Ma essendo così, la presenza del naturale al tempo della donazione non ha dunque difeso il padre da imprudenti liberalità, come lo avrebbe fatto quella di un figlio legittimo. — 4° Finalmente egli è vero, che oggi diversamente da ciò che avveniva sotto l'ordinanza, la presenza di un figlio naturale al tempo della donazione impedisca la revoca per la *legittimazione del naturale*; ma non bisogna inferirne, come si è fatto, che impedirebbe del pari qualunque revoca ; essendo certo il contrario. La esistenza al tempo della donazione del naturale legittimato appresso non impedirebbe la revoca per la nascita posteriore di un figlio legittimo e nè anco per la legittimazione di un altro naturale nato dopo ; ma solo per la legittimazione dello *stesso naturale*. Quando voi avete un figlio naturale al tempo della donazione, voi (agli occhi della legge che mira sempre ad un fine morale) dovete avere il pensiero ed anche lo intendimento di legittimare il naturale, onde assicurargli lo stato e riparare l' onore della madre; dunque basta questo figlio (nella teoria della legge) perchè voi non deste più di quel che non dareste se il figlio fosse già legittimato, e di conseguenza vieta la revoca per la legittimazione posteriore di lui. Ma non si può similmente dire, che il figlio naturale ha dovuto darvi il pensiero e lo intendimento di procreare più innanzi figli legittimi, o di legittimare altri naturali che voi avreste dopo; ed ecco perchè la esistenza del naturale non vieta la revoca in vantaggio di questi.

Si valutino bene queste ultime idee; chè le son *decisive*. Un figlio, secondo la idea di Dumoulin, non deve mai divenir la causa della revoca *quando esistesse al tempo della donazione*. In fatti o egli è legittimo o naturale ; nel primo caso , la donazione è assolutamente irrevocabile; nell' altro la legittimazione che poi otterrebbe non deve giovargli, essendo profondamente immorale che il secondo figlio fosse meglio trattato del primo ; *quod si filius sit natus ante donationem, non prodest legitimatio subsequens: ne legitimatus sit melioris conditionis quam legitime natus, et plus habeat luxuria quam castitas*. Ma appunto questa idea di Dumoulin ha fatto mutare qui l' ordinanza del 1731 (poco in ciò morale). Se il Tribunato in fatti ha voluto si aggiungessero le parole *se è nato dopo la donazione*, ciò è « perchè la nascita del figlio legittimo operando la revoca in quanto *nasce dopo* la donazione, era *impossibile* accordar maggiori favori *al figlio naturale* che poi è legittimato » Fenet, XII, pag. 455). Ma abbiamo ora veduto che Dumoulin la cui idea è stata consacrata dal Codice, con tal mutamento insegnava molto positivamente, *come tutti i nostri antichi scrittori*, che le parole *persone senza figli filios non habens*, significassero non aventi *figli legittimi*, e di conseguenza non può dirsi che il cambiamento della fine del nostro articolo muti anche il senso della sua prima parte. Non può pretendersi che esso sia incompatibile col senso dato da noi alle prime parole dell'articolo, essendo le due idee bandite ad un tempo dalla antica dottrina di Dumoulin che oggi si è seguita. Il mutamento fatto dal Codice si restringe a questo, che la legittimazione posteriore alla donazione di un figlio naturale nato *prima* della donazione non equi-

(1) Dumoulin (n. 83); Ricard (n. 599); Furgole (*Quest.*, 18); Prévost de la Janés (II-465); Pothier (*Donaz.*, sez. 3, art. 2, § 2).

vale alla sopravvenienza del figlio legittimo, come farebbe la legittimazione del figlio naturale nato *dopo* la donazione.

Resta dunque INCONTRASTABILE 1° che il Codice ha riprodotto *il dritto stabilito dall' ordinanza;* 2° che si è solamente fatto quel mutamento che erasi una volta richiesto, e che la morale stessa voleva *ne plus habeat luxuria quam castitas ;* e 3° che il mutamento non ne trae con se alcun altro.

724. Ed essendo certo che per sopravvenienza di figlio legittimo il nostro articolo revoca qualunque donazione fatta da chi non ne abbia e che un figlio naturale esistente al tempo della donazione non impedisce la revoca, non sarà quindi permesso di modificare tal regola per questa o quella circostanza non preveduta dalla legge. Così non monta che la donazione fatta da chi abbia un figlio naturale sia stata fatta al figlio naturale o ad uno estraneo; nè che gli sia stata fatta per contratto di matrimonio o altrimenti; essendo sempre una donazione fatta da chi non avea figli legittimi , e dovrà quindi annullarsi per la sopravvenienza di un figlio legittimo.

Fa meraviglia dunque che la Corte di appello di Parigi nella sua decisione del 29 dicembre 1843 abbia stimato poter far meno dello esame della quistione generale, perchè la donazione era fatta allo stesso figlio naturale nel suo contratto di matrimonio. E fa più meraviglia perchè nissuno si era ingannato intorno a ciò fino a quella decisione. E la decisione dei primi giudici e le consulte prodotte in prò o contro della revoca, e le conclusioni del Procuratore generale (signor Hebert) avevano perfettamente compreso, e quest'ultimo chiaramente spiegato, che i due punti, se bisogna revocar la donazione fatta al figlio naturale, e se rivocarla quando è nel contratto di matrimonio, erano due varietà di questa *unica* quistione, cioè se la esistenza di un figlio naturale al tempo della donazione impedisse la revoca. È strano che la Corte abbia cominciato con questa idea profondamente falsa ; « Considerando non essere una donazione falta ad uno estraneo, e che la sola quistione sottomessa alla Corte, è se la donazione fatta dal padre al suo figlio naturale e legalmente riconosciuto a titolo di costituzione di dote, sia revocata per sopravvenienza di un figlio legittimo ». Nò, non era questa *la sola* e nemmeno la vera *quistione*; dovendosi decidere se l'esistenza di un figlio naturale riconosciuto impedisse o pur nò la revoca.

Movendo così da un falso punto la Corte è giunta a rigettare la revoca ammessa dalla sentenza di prima istanza e dalle conclusioni del Procuratore generale. Se non che tal decisione non entrando nella quistione non potrebbe fare autorità, ed anche quelli che hanno approvata la sua maniera di decidere, ne han censurato i motivi (1).

III. — **725.** Che bisogna dire ora dei figli adottivi, degli assenti e dei morti civili ?

Quest'ultimi, checchè ne dica Toullier, (V. 300) non debbono esser contati affin d' impedire la revoca. Essendo colpito di morte civile l' unico mio figlio, non solo io non ho più figli legalmente parlando, perchè egli è legalmente morto, ma in fatto anche non ho più successore nel mondo a cui possa lasciare il mio grado, la mia condizione, il mio patrimonio. Il mio figlio colpito di morte dalla legge non potendo più succedermi nè raccogliere da me che i soli alimenti (art. 25, paragr. 2° e 3°), non avverrebbe di leggieri che io facessi ad un nipote che porta onoratamente il mio nome, od anche ad un figlio che adotterei, quelle donazioni che non avrei fatte se avessi avuto legalmente un figlio, e che vorrei non aver fatte se mi soprav-

(1) Vedi tal decisione nella Raccolta dei signori Devilleneuve e Carette, tom. XLIV, II, p. 49 e seguenti. Vi si leggeranno le belle osservazioni del raccoglitore, e specialmente la requisitoria di Hebert. Del resto la nostra dottrina professata prima da Coin-Delisle (numeri 17 e 18) è stata adottata dopo la nostra seconda edizione (1844) da Zachariae (V, p. 363) Duvergier (sopra Toullier, n. 297) e da una decisione di Douai del 7 giugno 1850 (Devilleneuve, 1850, 2 402).

pravvenisse poi un figlio? La revoca dunque è qui nei termini e nello spirito del nostro articolo (1).

726. Punto più delicato, e che ha fatto sorgere tante diverse opinioni, è se l'assenza del figlio unico del donante debba far costui ritenere senza figli. Grenier (n. 185) Delvincourt, Vazeille (n. 6) e Coin-Delisle (n. 26) rispondono di sì, non distinguendo se vi sia stata o pur nò dichiarazione di assenza. Toullier (V 299) Duranton (VIII 582) e Poujol (n. 9) rispondono di nò senza neppur distinguere. In fine Guilhon (numero 766) e Dalloz distinguono se la dichiarazione sia stata fatta prima o dopo la dichiarazione di assenza, dichiarandola irrevocabile nel primo caso, e revocabile nell'altro; Duvergier non profferisce alcuno avviso.—In mezzo a tanto conflitto ci sembra che il solo mezzo di schivare l'arbitrió sia quello di attenersi strettamente alle regole stanziate dalla legge medesima, senza indagare il pensiero che ebbe o potea avere il donante in questa o quella circostanza. Essendo l' assenza uno stato di dubbio ed incertezza continua in cui tutto è abbandonato a semplici congetture, non bisogna seguire qualunque di esse ma solo quelle elevate dal Codice a principî legali. Or si sà che il Codice fino a che l' assenza non sia dichiarata reputa l' assente legalmente in vita, e deriva le conseguenze da tal supposta esistenza; al contrario dichiarata l'assenza, lo reputa morto dal giorno *che egli scompare*, e deriva similmente le conseguenze dalla sua morte putativa; in fine dove si giunga a qualunque siesi certezza, si cancella ciò che si era fatto sopra semplici supposizioni, e rimettonsi le cose in ragione dei fatti conosciuti; le quali regole ci sembrano doversi qui applicare.

Conseguentemente, finchè la assenza non sia dichiarata sono irrevocabili le donazioni fatte dal padre di lui perchè ha un figlio vivente, e il sopravvenire di altri figli le lascerebbe sussistere; pronunziata la dichiarazione sono revocabili le donazioni fatte dopo, ed anche *quelle che lo sarebbero state dopo la scomparsa;* se poi più o men tardi dopo la dichiarazione dell'assenza si ha la prova che l' assente esista, egli è provato che le donazioni sono state fatte da chi avea un figlio vivente, e desse sono e sono state sempre irrevocabili, e sarebbe come non avvenuta la presunta revoca; se in fine non essendosi peranco dichiarata l' assenza è nota la morte dell'assente avvenuta prima della donazione, questa avrebbe potuto revocarsi; e sarà quindi revocata sopravvenendo un figlio, o lo sarà stata se fosse già sopravvenuto un figlio prima di conoscersi la morte.

727. La quistione se un figlio adottivo esistente al tempo della donazione renda irrevocabile l'atto, ci sembra gravissima, dipendendo da altra quistione similmente gravissima secondo noi, cioè se l'adozione, reciprocamente, debba far revocare la donazione fatta prima dallo adottante. Se in fatti questa ultima risolvesi affermativamente, riconoscendosi che l'adozione costituisca parlando legalmente la sopravvenienza del *figlio legittimo* di cui parla in fine il nostro art. 960 (885), è forza pur riconoscere che l' adottato sia compreso nei *figli* la cui esistenza al tempo della donazione renda irrevocabile l' atto secondo il principio del nostro stesso articolo.

Fino ad ora noi siccome tutti gli scrittori risolvemmo negativamente le due quistioni; ma fatto novello e maturo esame stimiamo che il nostro fosse un errore. Imperocchè se l' adottato per la legale finzione e parlando giuridicamente è figlio legittimo dell' adottante, la presenza o l' entrare di lui nella famiglia debbono partorire tutti quelli tra gli effetti legali della filiazione legittima, pei quali la legge non fa eccezione al principio; e non esistendo alcun testo che li restringa, gli effetti indicati dal nostro art. 960 (885) debbono dunque attribuirsi all'adozione, siccome più innanzi sarà spiegato (n. VIII).

(1) Grenier (n. 184); Delvincourt, Duranton (VIII-578); Dalloz (cap. 5, sez. 3); Vazeille (n. 4); Poujol (n. 6); Coin-Delisle (n. 24); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*).

Onde sostenere che la presenza del figlio adottivo non renda revocabile la donazione che fa l' adottante, noi ci fondavamo su questo, che la voce del sangue e il sentimento della paternità non parlano per lo estraneo che si adotta. Ma la idea è esattissima in se stessa, e come fatto; ma deve riconoscersi che non potrebbe essere qui base ad uno argomento. La legge qui crea uno stato di cose fittizio; dunque è illogica e da non ammettersi la conseguenza cavata dallo stato reale dei fatti che è appunto il contrario del primo. In fatto colui che voi adottate vi è *estraneo;* in dritto e nella finzione legale è *vostro figlio*. Secondo tal finzione e sotto l' aspetto giuridico, l'adozione vi fa padre, e deve farvi agire e pensare come tale; l' adottato è vostro figlio legittimo che ha sul vostro patrimonio assolutamente e identicamente i medesimi dritti che il figlio naturale legittimo; tanto vero che quando un figlio del sangue verrebbe dopo, il primo avrebbe con perfetta eguaglianza i privilegi dell' altro senza punto di differenza tra i due fratelli; per modo che legalmente il nascere di un figlio naturale legittimo non è in tal caso la sopravvenienza di un primo figlio a chi non ne avea, ma ben la sopravvenienza di un altro figlio a chi già ne avea uno. Essendo così, la donazione fatta dall' adottante dopo l' adozione non è fatta dunque, legalmente parlando, da chi era senza figli.

IV.—728. L' art. 960 (885) ci dice in secondo luogo a quali donazioni sia applicabile il principio della revoca per sopravvenienza di figli, cioè a tutte le donazioni di qualsiasi valore, a qualunque titolo fatte, e quand' anche fossero reciproche, o rimuneratorie, o in contemplazione di matrimonio.

Così sarà revocata la donazione per quantunque modico ne sia l'obbietto, purchè esso ne valga la pena, e vi sia stato veramente ciò che la legge chiama *donazioni*; perchè trattandosi di *presenti*, di semplici regali, di quelle piccole liberalità imposte alle volte dalle convenienze, e dispensate dalla legge dal conferirsi stante la loro piccolezza (art. 852 (771)) non potrebbe aver luogo la revoca; *de minimis non curat prætor*. Il che certamente non vuol dire che la donazione non sarebbe revocata perchè dispensata dalla collazione; essendo questo grave errore; ma diciamo solo che non saranno revocate quelle liberalità che son dispensate dal conferimento per il poco valore del loro obbietto, perchè costituiscono un *regalo* anzichè un contratto di *donazione*.

Le donazioni rimuneratorie saranno, come tutte le altre, revocate; se non che, come noi dicemmo sotto l'art. 959 (884), se i servigi ricompensati dalla donazione potessero valutarsi a danaro, il donatario avrebbe dritto al ristoro.

La donazione reciproca (cioè quella che è accompagnata da una donazione vicendevole fatta dal donatario al donante) è similmente revocata, ma da sola una parte per la ragione da noi detta sotto il medesimo articolo 959 (884); cioè che nella donazione reciproca, siccome nelle altre *la causa* è il voler conferire un benefizio. Egli è il vero che tutti gli scrittori, tranne il solo Delvincourt, intendono che la donazione sia revocata per lo intero sopravvenendo un figlio, sebbene alcuni fra loro ammettano come noi la revoca da una sola parte in caso di ingratitudine. Ma non potremmo attenerci a tal dottrina: tanto nell' uno che nell' altro caso ciascuna delle due vicendevoli donazioni non può aver per causa, per condizione la cosa reciprocamente donata; perchè allora l'atto che contiene il doppio trasferimento di proprietà non offrirebbe più due donazioni, ma sarebbe una *permuta*. Senza fallo i giudici potranno decidere in fatto che ciascuna parte contraente abbia rilasciato la sua cosa, perchè un' altra ne ricevesse; ma per ciò medesimo riconoscerebbesi essere a titolo oneroso l'atto che si pretende gratuito, essere una permuta e non già una donazione; di che seguirebbe non esservi revoca nè dall' una nè dall' altra parte. Da ultimo la revoca si applica anche alle donazioni in *contemplazione di matrimonio*, ma non a quelle fatte ai conjugi dai loro

ascendenti (applicandosi il principio della revoca alle donazioni fatte da chi non ha discendenti), nè a quelle che si farebbero reciprocamente i conjugi l' uno all' altro (essendo tali donazioni fatte in favore *del solo donante*, e non già *in contemplazione del matrimonio*. siccome abbiamo spiegato nell'art. 959 (884), n. 1). La revoca dunque colpisce solo quelle donazioni fatte nel contratto di matrimonio ai conjugi da estranei, o da parenti non ascendenti.

Ed osserviamo che dichiarando espressamente il nostro articolo (come faceva l'articolo 39 della ordinanza) che la donazione fatta da un conjuge all' altro, sarà irrevocabile non ostante la sopravvenienza di figli, non distinguendo da chi provengano, non avremmo il dritto di far la distinzione che la legge non fa; essendo in una materia rigorosa, di dritto puramente civile in cui non possiamo nè aggiungere nè togliere alle regole stanziate dal Codice. Così facendo nel mio contratto di matrimonio una donazione alla mia prima moglie che muore senza lasciarmi figli, e poi contraggo seconde nozze da cui vien generato un figlio, la sopravvenienza di lui non revocherà la donazione fatta alla mia prima moglie. La contraria dottrina di Delvincourt e di Grenier (n. 199) è con buona ragione rigettata da tutti gli scrittori (1).

729. Vi ha del resto eccezione al nostro articolo per le donazioni fatte tra conjugi durante il matrimonio; l' art. 1096 (1050) dichiarandole revocabili a volontà del donante, dichiara nello stesso tempo, che esse non saranno mai revocate per sopravvenienza di figli.

Quanto alle donazioni testamentarie, non saranno comprese nella regola dell' articolo, poichè essa parla solo di donazioni *tra vivi*.

V. — 730. Noi dobbiamo or vedere come si compia la condizione risolutiva della sopravvenienza di figli.

La donazione è revocata immediatamente per la nascita di un figlio legittimo, o anche di qualunque discendente, sebbene l' articolo esplicitamente nol dica. In fatti essendo irrevocabile la donazione, secondo la prima parte dell' articolo, quando il suo autore nel farla aveva un qualunque discendente, quindi la presenza di ogni discendente fa nascere gli stessi doveri, gli stessi bisogni che quella di un figlio; ma così essendo, essa dello stesso modo che questa, deve operare la revoca, la quale permetterà di compire cotesti doveri e soddisfare a cotesti bisogni.

D'altronde, si è veduto che il nostro legislatore ha dichiarato di voler riprodurre il dritto stabilito dalla ordinanza; ora è stato sempre ammesso senza contrasto che l'ordinanza sotto il nome di figlio comprendeva ogni discendente di qualsiasi grado. — Poco importa del resto, che il figlio o il discendente nasca in vita del donante o fosse *postumo*, cioè nato solo dopo la morte di lui; in tutti i casi vi ha revoca, purchè il figlio nasca vitale (art. 314, 725 (236, 646).

731. La revoca avviene egualmente per la nascita di un figlio in un matrimonio putativo? Ciò è incontrastabile quando il matrimonio sia stato contratto in buona fede dal conjuge donante, perchè gli articoli 201 e 202 (191 e 192) accordano tanto al conjuge di buona fede quanto ai figli, tutti gli effetti civili del matrimonio. Ma *quid* se la donazione sia stata fatta dal conjuge di mala fede?

Delvincourt. il quale riconosce non potere il conjuge di mala fede far pronunziare la revoca perchè non gode degli effetti civili del matrimonio, pretende che debba darsi sempre luogo alla revoca *nascendo un* figlio legittimo; conseguentemente vuole che i beni donati sieno ripresi non dal padre ma dai figli medesimi. Se non che non è da ammettersi tal sistema. Sebbene la revoca sia stabilita per il figlio, pure è accordata al donante che può dopo la revoca ridonare i beni o allo stesso donatario o ad altri, ovvero consumarne il valore come

(1) Merlin (*Quistioni*, alla parola (*Revocazione della donazione*); Chabot (*Quist. trans.*); Toullier (V 310); Guillon (n. 790); Duranton (VIII 582); Vazeille (n. 16); Poujol (n. 10); Coin-Delisle (n. 44).

vorrà (art. 964 (889). Dunque essendo la revoca impossibile pel donante, lo è perciò medesimo assolutamente. Come volete voi attribuire ai figli durante la vita del padre quei beni che essi possono avere solo come eredi di lui? I figli del matrimonio putativo contratto di mala fede da uno dei conjugi, sarebbero dunque meglio trattati di quelli del matrimonio putativo contratto di buona fede dai due conjugi, o anche di un matrimonio valido, perchè questi non avrebbero mai i beni che dopo morto il padre, e potrebbero pure non averli mai (potendone il padre disporre).

Duranton (VIII-586) rigettando come noi il sistema di Delvincourt, ne adotta un altro che non è più giuridico ; ei pretende che i beni restino al donatario durante la vita del donante, e che i figli se li prendano alla sua morte *accettando la successione di lui*. Ma certamente accettando la successione non si possono prendere che i beni che ne fan parte ; ma secondo la confessione di Duranton essendo qui impossibile per il padre la revoca , i beni dunque non sono appartenenti a lui , nè i suoi figli possono prenderli nella sua successione. D' altra parte, Duranton che come noi rimprovera a Delvincourt di trattare i figli del matrimonio putativo meglio di quelli di un matrimonio legittimo , fa il medesimo ; perchè i primi nel suo sistema sarebbero sicuri di avere alla morte del padre i beni su cui non possono mai gli altri contare, potendone il padre liberamente disporre.

Guilhon (n. 773) e Vazeille (n. 9) movendo dal principio che la revoca, sebbene stabilita pei figli e nel loro interesse, sia un dritto accordato al padre, e che debba fare entrare i beni nel patrimonio di lui , rigettano senza vagliarle le due precedenti opinioni, ammettendo la revoca coi suoi effetti regolari in vantaggio del coniuge di mala fede. Essi dicono che la condizione voluta dall'articolo sia semplicemente la *sopravvenienza di un figlio legittimo*, e che essendo legittimo il figlio adottivo per la finzione favorevole della legge, siasi dunque avverata la condizione; avendo il donante un figlio legittimo bisogna apprestargli i mezzi onde adempire le obbligazioni della paternità, senza considerare i suoi meriti , ma i doveri verso i figli. — Questa dottrina è per lo meno speciosa: essendo separata dalla verità per un che delicato a cogliersi; ma non è la verità. — E sulle prime, riconoscesi appartenere al padre il dritto di revoca, che può da lui solo esercitarsi; ma lo esercizio del dritto di revoca per sopravvenienza di *figlio legittimo*, importa reclamare uno degli effetti civili del matrimonio; ma il coniuge di mala fede non gode di questi effetti civili. — La proposizione che vi sia allora la *sopravvenienza di un figlio legittimo*, che il padre *abbia un figlio legittimo*, è vera in bocca del figlio ma non in quella del padre. Risalendo dal figlio al padre, vi è (per finzione legale) legame legittimo, il figlio può dire di avere un padre legittimo, e gli succede secondo l'art. 745 (667) come qualunque discendente legittimo; ma discendendo dal padre al figlio, non vi è più legittimità, il padre non è legittimo nè può dire di avere un figlio legittimo, nè gli succederebbe secondo l'art. 746 (668-669) e seguenti. E non essendovi legame legittimo in ordine al padre di mala fede, e dovendosi invocare una generazione legittima per esservi rivocazione, questa dunque non potrà avvenire (1).

VI. — 732. La donazione è pur revocata per la legittimazione di un figlio naturale, purchè nato dopo. Si è già osservato (n. II) essere quest'ultima condizione un mutamento recato dal Codice alla ordinanza del 1731. Questa ammetteva la revoca in qualsiasi tempo fosse nato il figlio naturale, ma si è creduto che il figlio naturale legittimato dopo la donazione *ma nato prima* , non dovesse trattarsi meglio del figlio legittimo, nato nello stesso tempo; quindi la legittimazione in questo

(1) Pothier, *Consuetud. d'Orl.*, t. XV , Introd. , n. 106); Furgole (n. 17) ; Grenier (n. 191); Toullier (V-302); Dalloz (sez. 3, n. 14); Poujol (n. 12); Coin-Delisle (n. 33).

caso speciale e in ordine al figlio naturale retroagisce al giorno della sua nascita; le cose devono avvenire in ordine al figlio come se fosse stato legittimo al tempo della donazione; in fatti è morale il supporre che il padre abbia avuto sempre in mira di legittimare, e sarebbe immorale che si desse in qualsiasi modo più ai figli naturali che ai legittimi: ne *legitimatus*, diceva Dumoulin, di cui le parole sono state riprodotte dai motivi del cambiamento come di sopra si è veduto, *ne legitimatus sit melioris conditionis quam legitimæ natus et plus habeat luxuria quam castitas*.

Ma di certo se l'esistenza del figlio naturale anteriore alla donazione rende questa irrevocabile gli è per lo stesso figlio naturale; e se dopo la donazione nascesse un discendente legittimo, o si legittimasse un figlio naturale nato dopo la donazione, si darebbe sempre luogo alla revoca sebbene al tempo della donazione fosse esistito un figlio naturale, siccome abbiam dimostrato allo stesso n. II.

VII. — 733. Non ostante la opinione di Toullier (V, 299) e di Coin-Delisle (n. 27) ci sembra evidente che il rientrare nella vita civile del figlio morto civilmente operi la revoca, essendo conseguenza dell' idea sopra stabilita (n. III) che quello di cui l' unico figlio sia morto civilmente è veramente senza figli nel senso del nostro articolo. L' essere qui Toullier contrario alla nostra opinione è naturale, perchè secondo lui, il padre di cui l'unico figlio sia morto civilmente non è senza figli. Ma non si comprende che Coin-Delisle ci sia pur contrario, ammettendo come noi che il padre cui il figlio sia morto civilmente è realmente senza figli. Essendo senza figli durante la morte civile di mio figlio, ed avendone uno oggi che è ritornato alla vita civile, dunque mi è sopravvenuto un figlio (1).

734. Quanto al ritorno del figlio unico, nell' assenza del quale è stata fatta la donazione, vi hanno intorno alla revoca della donazione parecchi sistemi contradditori che possono più o meno essere razionali, ma ci sembrano tutti contrari alla legge. Noi secondo il principio stabilito nel n. 726 diciamo, che il ritorno del figlio dimostri non essere egli morto; quindi la donazione non si è fatta *senza figli viventi* e conseguentemente non può revocarsi.

VIII. — 735. La quistione è più grave pel figlio adottivo.

Onde negare alla adozione lo effetto di revocare la precedente donazione si può dire: che secondo il Codice civile l' adozione non consacra, come era in Roma, tutte le conseguenze della qualità di figlio legittimo; che anche pei beni dell' adottante non investe l' adottato di tutti i dritti del figlio naturale e legittimo, conferendogli solo con l' art. 350 (274) il dritto di *successione;* che il privilegio di vedere annullare entrando nella famiglia le donazioni che il padre ha fatto quando non avea figli, non è un dritto di successione, e quindi non spetta all' adottato; che l' adozione essendo al postutto un contratto, una donazione di una specie e forma particolari, la legge non doveva farle partorire lo effetto di annullare tutte le precedenti donazioni; che in fine non lo fa perchè l' art. 960 (885) attribuisce la revoca al fatto naturale di una *sopravvenienza di figli*, la quale espressione non può intendersi dell' atto volontario di adozione. É questa la dottrina di tutti gli scrittori eccettone un solo, Favard de Langlade, e l' unica decisione che abbia deciso la quistione (Rouen 13 maggio 1850) è nel medesimo senso. Era questo pure lo avviso che senza adottarne tutte le ragioni avevamo noi medesimi seguito nelle nostre quattro prime edizioni; ma l'esame particolare che abbiam dovuto fare della quistione per la consulta chiestaci intorno alla decisione di Rouen (di cui oggi si è fatto ricorso) ci ha menato ad altri convincimenti.

L' adozione (legalmente e per sola finzione ma non monta, perchè *fictio idem operatur in casu ficto quam veritas in*

(1) Grenier (184); Delvincourt, Dalloz (12); Duranton (VIII-379); Vazeille (n. 4).

casu vero) è una procreazione di figlio legittimo. Senza fallo è un contratto; ma il matrimonio è anche un contratto, e l'adozione che si compie (come il matrimonio) mercè alcune condizioni indipendenti dalla volontà delle parti e con l'intervento dell'autorità pubblica, forma ad un tempo (come il matrimonio) un contratto ed un atto di stato civile. Perciò il verbale che lo comprova, deve come i verbali di nascita e di matrimonio, iscriversi sopra i registri di stato civile; le sue regole son posti fra il titolo della *filiazione* e quello *della patria potestà;* la adozione fa anche impedimento al matrimonio, e dà all'omicidio dello adottante commesso dall'adottato, la qualità legale di parricidio (articoli 354-357 (278-281)) Codice civile, 299 Codice penale). — Or essendo l'adozione in *dritto* una procreazione di figlio legittimo è forza dunque ammettere qui gli effetti che genera in *dritto* questa procreazione, tranne quelli a cui si opporrebbe un testo speciale della legge.

Senza dubbio in fatti il legislatore creando così una filiazione puramente fittizia potrà negare questo o quell'effetto ordinario di ogni filiazione, ma esisteranno sempre quelli che non negherà; essendo qui il principio la esistenza in dritto della qualità di figlio legittimo, le conseguenze dunque saranno quelle che da tal qualità derivano, dove non vi sia una limitazione. Così mentre questo principio mancando la dichiarazione contraria toglierebbe all'adottato sotto l'aspetto giuridico la qualità di figlio del suo vero padre, di membro della sua precedente famiglia, e tutti i suoi dritti legali in essa, tutto ciò non avverrà dichiarando l'articolo 348 (272) che *l'adottato resterà nella sua famiglia naturale e vi conserverà tutti i suoi dritti.* Viceversa, mentre che il principio, nel silenzio del Codice conferirebbe all'adottato tutti i dritti di successione, non solo rispetto all'adottante, ma anche rispetto a tutti i parenti di costui questo non avverrà nemmeno dichiarando l'art. 350 (274) che *l'adottato non acquisterà alcun dritto di successibilità sopra i beni dei parenti dell'adottante.* Ma all'infuori di tal limitazione, il principio partorirà le sue conseguenze, l'adozione avrà gli effetti di una nascita durante il matrimonio, e si darà pur luogo alla revoca stanziata dal nostro articolo, non essendovi per essa alcuna limitazione.

736. A torto si pretenderebbe che il testo restrittivo che diciamo non esistere sia nell'art. 350 (272), il quale attribuendo all'adottato i dritti di un figlio legittimo sulla sola *successione* dell'adottante, gli negherebbe implicitamente ogni altro dritto non successorio. Questa idea è per doppio aspetto inesatta. Da una parte in fatti quando pure la parola successione avesse qui il senso stretto che si suppone, quando pure si trattasse del solo dritto di prendere la porzione dei beni che il defunto lascerà tal quale era, sarebbe falsa la conclusione che se ne cava. Imperocchè l'articolo non dice che l'adottato *non avrà che* il dritto di successione, nulla è qui negativo o restrittivo; anzi la sua disposizione in opposizione alla precedente limitazione è in contrasto ad una negazione stabilita sopra altro punto: l'articolo dice che l'adottato non avrà alcun dritto di successibilità sopra i beni dei parenti dell'adottante, *ma* che avrà dritti pieni ed intieri come quelli del figlio nato dal matrimonio sopra quelli dell'adottante. L'articolo inteso pure nel senso degli avversari sarebbe anche muto rispetto al dritto di revoca di cui discorriamo; e siccome la negazione di tal dritto non è scritta nè qui nè altrove sarebbe mestieri pur riconoscere che l'adozione lo produrrà. — Ma d'altra parte le parole di dritto di successione o successibilità offrono più sensi, e l'articolo 350 (274) le adopera nel loro senso lato. Le parole offrono più sensi: mentre che per un collaterale il dritto di successione è la facoltà di prendere i beni lasciati dal defunto senza averne disposto, questo dritto comprende per uno ascendente la facoltà di far rientrare ove fosse bisogno nel suo patrimonio quei beni che ne sono usciti, e per il figlio è ancora più lato avendo egli il privilegio di far ritor-

nare entrando egli nella famiglia, i beni già donati dal padre quando non avea discendenti, e veder così cotali beni far parte di nuovo del patrimonio su cui eserciterà il suo dritto creditario. Or conferendo l' art. 350 (274) all'adottato per quel che riguarda la successione dell' adottante, i *medesimi dritti del figlio nato durante il matrimonio*, l' adottato dunque godrà del privilegio di cui è discorso.

I lavori preparatori dimostrano altronde esser questa la mente del legislatore. Sappiamo che il titolo dell' adozione è stato ammesso dopo rigettato un progetto ben diverso, da alcuni brani del quale esso è stato formato. Or di due cose si tassava il precedente progetto; in ordine alla forma, che rimettesse al potere legislativo la facoltà di pronunziare l'adozione, il che ne permetterebbe l' uso ai soli ricchi, anzichè confidarla ai tribunali onde la istituzione fosse a tutti comune; e in ordine al merito, *che rendesse parenti dell' adottato tutti quelli dell'adottante, e spingesse così troppo in là la finzione estendendola oltre le persone contraenti* (Fenet, X, pagine 363, 364). Non si voleva che la soppressione di cotali due regole, e ciò fu fatto. Ma questa circostanza storica non prova abbastanza la nostra tesi?—Da una parte, spiega il modo strano a primo aspetto, per cui procede la legge, nel dire quali effetti l' adozione non produrrà invece di noverar quelli che produrrà, e additando quei fatti antichi che non distruggerà invece di indicare i novelli che creerà. La triplice influenza 1° della natura stessa della adozione, 2° delle tradizioni romane, e 3° delle recenti spiegazioni del consiglio di Stato (in cui per un anno intero dai 6 frimajo anno X al 27 brumajo anno XI, si era fino alla noja ripetuto, e sotto tutte le forme, che l'adozione tramuti pienamente ed assolutamente l'adottato dalla sua antica nella novella famiglia) imponeva al legislatore come egli ha fatto. Siccome la idea di adozione traeva con sè nella mente di tutti le conseguenze della qualità nell' adottato di figlio legittimo dell' adottante, così dovevano determinarsi quelle che si volevano non ammettere. Ecco perchè il Codice procede qui per negazione anzichè per affermazione, ecco perchè ci spiega che l'adottato resterà nella sua famiglia naturale, art. 348 (272) e vi conserverà i suoi dritti legali (*ibid.*) ed aggiungerà solo il nome dello adottante al suo che non perde (art. 347 (271)), non avrà alcun dritto di successibilità verso i parenti dell'adottante (art. 350 (274)) questi non ne avranno alcuno verso di lui, fuorchè pei beni donati dall'adottante (articolo 351 (275)) e che l'adottante medesimo non ne avrà più *(ibid.)*. Ma avendo il legislatore inteso il bisogno di manifestare nettamente quelle conseguenze naturali della adozione che intendeva escludere, e ben comprendendo che quelle non escluse esisterebbero per ciò medesimo, è dunque certo che egli abbia inteso conservare all'adottato l'integrità dei dritti del figlio nato durante il matrimonio sopra i beni del padre, avvegnacchè nessun testo menomi cotali dritti. D'altronde, tassandosi solo il progetto di spingere *troppo in là* la finzione estendendola *oltre alle persone contraenti*, dunque per li due che contraggono s' intendeva mantenere integra la finzione conservando entro questo limite la regola, che l' adozione sia in dritto una generazione di figlio legittimo.

Gli è dunque certo che l' adottato rispetto al patrimonio dell'adottante abbia tutti i dritti del figlio nato durante il matrimonio, e che l' art. 350 (274) parlando dei dritti di successione intenda queste parole *lato sensu*, comprendendovi tutti i dritti che mirano a far più sicura e più considerevole pel figlio legittimo la *eredità del padre*. Di più la esposizione dei motivi offre come comento officiale alla nostra parte dell'art. 350 (274) questa frase che è appunto l'oggetto della nostra dimostrazione: « Il progetto accorda all' adottato rispetto » all' adottante tutti i dritti *di un figlio* » *legittimo* » (Fenet, p. 431).

Del rimanente questo senso lato dell'articolo 350 (274) è stato oggi riconosciuto per un' altra quistione dagli scrittori medesimi che qui ci sono contrari. Nel senso

stretto. In fatti la eredità comprende i beni lasciati alla morte non facendone parte quelli che il defunto abbia donato fra vivi; cotesti beni non ne fan parte, e il dritto del figlio legittimo di farli ritornare con l' azione di riduzione delle liberalità eccedenti non è un dritto di successione propriamente detto, tanto che i creditori ereditarî non hanno verun dritto sopra cotali beni (vedi l' art. 921 (838)). Se dunque fosse vero che l'adottato abbia il solo dritto di successione, egli non potrebbe far ridurre le donazioni fatte dall'adottante, e specialmente quelle anteriori alla adozione; e ciò è stato insegnato dal più degli scrittori. Taulier, Delvincourt, Chabot, Grenier, Riffè, Toullier, negano allo adottato il dritto di riduzione, che il medesimo Duranton (III-319) trova abbastanza dubbio. Ma cotesta dottrina è oggi esplicitamente riprovata da tutti gli scrittori recenti, non che dalla giurisprudenza, siccome vedemmo sotto l'articolo 350 (274), n. II); ed è ben certo che l' adottato ha il medesimo dritto di riduzione che il figlio nato nel matrimonio. Ma essendo così, dunque l' art. 350 (274) non gli accorda solo il dritto di successione ristretto e propriamente detto, ma tutti i vantaggi inerenti alla qualità di figlio legittimo, i dritti di successione *lato sensu*, tutti i vantaggi in fine di cui gode il figlio naturale legittimo.

737. Le due ultime obbiezioni fatte a tal dottrina non sono più delle altre concludenti.

Senza dubbio, da una parte, le parole di *sopravvenienza di figlio* non s'intendono del fatto volontario di una adozione, ma che monta? che monta che l' art. 960 (885) accordi il suo privilegio come *un dritto del figlio del matrimonio*, se l' art. 350 (274) conferisca all' adottato *tutti i dritti dei figli* del matrimonio? Forse gli art. 745 (667) ed altri relativi al dritto di semplice successione, gli art. 913, 1094, 1098 ed altri (829, T, 1052) relativi al dritto di riserva e di riduzione, non sono anche esclusivamente dettati pel figlio del sangue? Non è egli manifesto, specialmente per il primo articolo che chiama il figlio a succedere al padre, alla madre, agli avi e alle ave (il che non può applicarsi all' adottato) ed anche meglio per l' ultimo che parla del solo *figlio del secondo letto*, la quale espressione non può certo convenire all' adottato come quella di *sopravvenienza di figlio?* Or ciò vieta che si accordi all' adottato il dritto di successione che nissuno gli ha mai contrastato, e il dritto di riduzione che gli scrittori gli negavano fino al 1825, ma che tutti gli consentono da allora in poi?

D'altronde, all'idea che non potrebbe darsi ad un atto volontario lo effetto di annullare le precedenti donazioni, contro il gran principio della irrevocabilità e dei dritti acquistati dai donatarî, si possono dare tre risposte. — La prima, che l' adozione non sia affatto un contratto ordinario dipendente dalla sola volontà delle parti, ma un atto di stato civile che si compie, come il matrimonio, col concorso di condizioni indipendenti dalle parti, e con l' intervento della pubblica autorità. — La seconda, che se l'autorità riconoscesse che il progetto di adozione miri a frodare la legge, e spogliare slealmente i donatarî, essa avvertita dagli interessati (che possono fare sul proposito memorie ed osservazioni) potrà sempre impedire il progetto, essendo in potere dei tribunali il dichiarare che non si dia luogo alla adozione (art. 354, 357 (278, 281). La terza, che l'obbiezione sia stata già confutata dalla dottrina ormai non dubbia, che consente all' adottato il dritto di far ridurre quelle medesime donazioni anteriori alla donazione. In fatti la riduzione non avrà (in un limite più stretto, ma non importa per il principio) il medesimo effetto della revoca? La istituzione contrattuale che l' adottante avesse fatto di tutti i suoi beni, non sarà forse annullata per metà, per la presenza di un figlio adottivo, per due terzi o tre quarti, se ve ne fossero due o tre? Or non esiste il principio della irrevocabilità tanto pei tre quarti che si toglieranno mercè la riduzione, quanto per l' intiero che si ritoglierebbe mercè la revoca? Non era questo il principio per cui tutti gli scrittori prima del 1825 negavano il dritto di riduzione? Ma giacchè tutti gli

scrittori più recenti, Vazeille, Coin-Delisle, Zachariae, Valette, Duvergier, Demolombe, (VI, 160-162) ammettono insieme alla giurisprudenza cotesto dritto di riduzione, e le ragioni onde la giustificano sono identiche a quelle che giustificano del pari il dritto di revoca, è forza dunque per non essere contraddittori e inconseguenti che altresì quest'ultimo si ammetta (1).

961 (886). — Questa revocazione avrà luogo, ancorchè il figlio del donante o della donatrice fosse già concepito al tempo della donazione.

738. Perchè la donazione non si revochi per sopravvenienza di figlio, fa uopo che il donante o la donatrice abbia un figlio *vivente*, *già nato* nel punto che la fa, « Così, quando pure la donazione fosse fatta da una donna sopra parto, la nascita del figlio revocherebbe la liberalità consentita giorni prima; la legge ha pensato che chi è prossimo a divenir padre (o madre) ma che ancora non lo è, non prova nello uguale grado i sentimenti che derivano dalla paternità.—Il nostro articolo col nome di figlio comprende qualunque discendente di qualsiasi grado. Onde la moglie del donante o la vedova del suo figlio predefunto sia incinta al tempo della donazione, la donazione sarà sempre revocata per il parto.

962 (887). — La donazione sarà parimente revocata, anche quando il donatario fosse entrato nel possesso dei beni donati, ed il donante ve lo avesse lasciato continuare dopo la sopravvegnenza del figlio.

Il donatario però non è tenuto a restituire i frutti raccolti, di qualunque natura essi sieno, se non dal giorno che gli sarà stata notificata con intimazione, o altro atto legale, la nascita del figlio, o la sua legittimazione col susseguente matrimonio: e ciò ancorchè la domanda per rientrare nel possesso de' beni fosse stata prodotta dopo tal notificazione.

739. Essendo la proprietà del donatario pienamente ed assolutamente revocata pel sopravvenire di un figlio legittimo del donante (o per la legittimazione del suo figlio naturale nato dopo la donazione) non importa che il donatario abbia o no preso possesso dei beni innanzi la revoca; se al tempo di essa egli ne ha il possesso, restituirà i beni; se non gli sono stati per anco rilasciati, non potrà più domandarli.

Anzi quando pure il donante avesse dato il possesso al donatario posciacchè siesi compita la revoca, il donatario non avrebbe nemmeno dritto, nè potrebbe pretendere che la volontaria esecuzione costituisse una valida ratifica. Difatti, la donazione allora è annullata, e il nulla non potrebbe venir ratificato; di più l'art. 964 (889) positivamente dichiara che il donante non può ratificare la donazione in tal modo revocata, e potrebbe allora unicamente trasmettere i beni al donatario facendogli una novella donazione. Dunque questa rimessa volontaria delle cose, dopo che la revoca è compita ed è nota al donante, sarebbe efficace in quanto costituisce per se stessa la donazione, cioè nel solo caso in cui si tratti di mobili suscettivi di acquistarsi con la sola tradizione.

740. Queste regole non potevano applicarsi ai frutti. E primieramente, fino a che la donazione sia revocata, il *donatario* era realmente proprietario dei beni, e come tale facea sempre suoi i frutti, perchè la risoluzione cancella retroattivamente la proprietà risolubile quanto ai beni medesimi, e non quanto ai semplici prodotti di essi, mentre durava la proprietà. I frutti adunque che doveansi pagare fino all' avvenimento risolutivo, appartengono al donatario come

(1) Noi abbiam trattato la quistione con maggiore sviluppo in una articolo della REVUE CRITIQUE (tom. 2); vedi l'indice alla parola *Adozione*.

proprietario; e quelli che egli raccoglierebbe dopo fino alla regolare notifica che glien'è fatta, appartengono a lui come possessore di buona fede, poichè fino alla notifica egli ignora o si reputa legalmente ignorare la risoluzione del suo dritto. Si comprendono di leggieri le conseguenze molto diverse pei frutti dei due periodi che da tai principii deriverebbero. —Il donatario fino allo avvenimento, avendo dritto ai frutti siccome proprietario, potrebbe domandarli quand'anche non ne fosse stato mai in possesso (1). Al contrario, nell'intervallo dello avvenimento alla notifica, il donatario non potendo far suoi i frutti che come possessore, ha dritto solo a quelli *percepiti da lui*, siccome dice il nostro articolo, nè potrebbe domandarli se la cosa fosse rimasta presso il donante.

741. Perchè si renda il donatario possessore di mala fede, e si obblighi alla restituzione dei frutti, la notifica deve farsi regolarmente e in *buona forma*. La legge consente al donatario che vede ritogliersi la cosa che ei sperava conservare, di giovarsi anche delle nullità di una citazione a fin di non rendere i frutti. Del rimanente, egli deve sempre i frutti dal giorno in cui regolarmente si è fatta la notifica quando pure la domanda di restituzione gli sia stata fatta molto più tardi.

963 (888). — I beni compresi nella donazione rivocata *ipso jure* ritorneranno nel patrimonio del donante liberi da qualunque peso ed ipoteca che provenga dal donatario, e non potranno restare obbligati se non in sussidio per la restituzione della sola dote della moglie del donatario stesso, esclusi gli altri diritti dipendenti da convenzioni nuziali: e questo avrà luogo ancorchè la donazione fosse fatta a contemplazione del matrimonio del donatario, e si fosse inserita nel contratto nuziale, ed ancorchè il donante si fosse obbligato come mallevadore nella donazione alla esecuzione del contratto nuziale.

742. Che la revoca per sopravvenienza di figli faccia rientrare i beni donati nel patrimonio del donante liberi di tutti i pesi imposti dal donatario, e faccia venir meno le donazioni o concessioni di dritti reali che quegli avrebbe potuto fare, è questo il dritto comune, lo effetto ordinario di qualunque condizione risolutiva, l'applicazione di quella regola generale, *soluto jure dantis solvitur jus accipientis*. Si direbbe egualmente secondo il dritto comune, e quando pure non fosse il nostro articolo, che la cosa donata non può rimanere di pieno dritto ipotecata sussidiariamente alla moglie del donatario per la sua dote e le sue convenzioni matrimoniali per ciò solo che la donazione siasi fatta nel contratto di matrimonio; imperciocchè tal restrizione fatta alla risoluzione nel caso di ritorno convenzionale dall' art. 952 (877) sia una eccezione, e quindi debba solo applicarsi nei casi dalla legge formalmente preveduti.

Ma il nostro articolo andando più in là deroga al dritto comune col vietare che non possa aver luogo la ipoteca sussidiaria in favore della moglie, quand'anche il donante la consentisse espressamente e dichiarasse di farsi garante dello adempimento del contratto di matrimonio. La ipoteca e la fidejussione da lui consentiti nel modo più formale per il caso in cui sopravvengano figli, sarebbero annullate per tale sopravvenienza. Questo divieto d' altronde è la conseguenza del principio generale dell' art. 965 (890), il quale dichiara nulla qualunque clausola o convenzione per cui il donante avrebbe rinunziato alla revoca per sopravvenienza di figlí. E noi opiniamo (come Coin-Delisle, n. 4) non essere diversamente, quando pure l'ipoteca e la fidejussione fossero l'una e l'altra insieme consentite dal donante posteriormente e con atto sepa-

(1) *Conf.*, Merlin (Quistioni, alla parola *Revocazione di donaz.*, § 4) Vazeille (n. 3); Coin-Delisle (n. 3); Cassaz., 8 gennaro 1816.

rato; perchè non sarebbe meno un atto che miri ad impedire in vantaggio della moglie del donatario la revoca per sopravvenienza di figli, e quindi fatto in frode dello art. 965 (890).

743. Ma di certo sarebbero valide non ostante il sopravvenire di figli la ipoteca e la fidejussione consentite da chi non ne avea, se non avesse fatto donazione al marito, imperocchè allora l'una e l'altra mirerebbero a proteggere contro la revoca una donazione che non esiste (1).

964 (889). — Le donazioni in tal modo rivocate non potranno ricevere o avere di nuovo il loro effetto, nè per la morte del figlio del donante, nè per alcun atto che le confermi: e se il donante vuol donare gli stessi beni allo stesso donatario sia prima o dopo la morte del figlio per la cui nascita è stata rivocata la donazione, nol potrà fare, se non con una nuova disposizione.

744. Annullandosi la donazione per la sopravvenienza di un figlio, è manifesto che nè la morte del figlio, nè alcuna tacita o formale ratifica, nè qualunque altra circostanza possono rivalidare la donazione che più non esiste. Una novella donazione è il solo spediente con cui l'antico donatario può riacquistare la proprietà perduta. — Si vede del resto, che la donazione novella potrebbe esser fatta immediatamente durante la vita del figlio, il che pruova che se la donazione è revocata nello interesse del figlio, il dritto della revoca è conferito non a lui ma al suo autore.

965 (890). — Qualunque clausola o convenzione, con cui il donante avesse rinunciato al dritto di revocare la donazione per la sopravvegnenza de' figli, sarà riputata come nulla e non produrrà alcun effetto.

745. La persona senza figli che nel fare una donazione dichiari positivamente che avrebbe la medesima volontà *se ne avesse*, e che intenda quindi essere la donazione irrevocabile non ostante che le sopravvengano figli, non saprebbe pur quel che si dicesse: chi non ha figli non sa nè può sapere ciò che farebbe se ne avesse e il sopravvenire di un figlio potrebbe fargli accusare la sua imprudenza. Quindi la legge dichiara nulla *qualunque clausola o convenzione* che tenda ad impedire la revoca per tal causa, per modo che il donante non potrà smettere il suo dritto di revoca in qualsiasi modo, nè direttamente nè indirettamente, nè prima nè dopo la nascita del figlio.

Diciamo non poterlo nemmeno dopo la nascita del figlio; perchè la dichiarazione che farebbe allora il donante di cedere e rilasciare al donatario il suo dritto di revoca, non sarebbe una novella donazione ma solo la *conferma* della precedente; ma, come noi abbiam detto, non si può il nulla confermare o rivalidare.

966 (891). — Il donatario, i suoi eredi, coloro che hanno causa da lui, o altri detentori delle cose donate, non potranno opporre la prescrizione per far valere la donazione revocata per la sopravvegnenza de' figli, se non dopo il possesso di trent'anni che cominceranno a decorrere dal giorno della nascita dell'ultimo figlio del donante, benchè postumo; e ciò senza pregiudizio delle cause che per legge interrompono la prescrizione.

746. L'azione che mira a far rientrare *in fatto* nel patrimonio del donante la

(1) *Conf.*, Furgole (art. 42 della ordinanza); Maleville, Toullier (V-315); Vazeille (n. 2); Coin Delisle (n. 5).

cosa che la revoca per sopravvenienza di figli vi ha già rimesso *in dritto*, prescrivesi come qualunque altra; e se il donante o i rappresentanti di lui non la sperimentano nel termine richiesto, la cosa tolta come cosa donata al donatario o ai suoi aventi-causa, apparterrà loro in forza della prescrizione. La legge dunque ha lasciato qui sussistere la prescrizione, rendendola più difficile tanto per il punto da cui debba incominciare, quanto per la sua durata. E primieramente, si fa eccezione al dritto comune intorno al punto da cui comincia, perchè in principio dovrebbe correre dal giorno in cui si è potuto agire, cioè da quello in cui nasce il *primo* figlio del donante; mentre il nostro articolo la fa correre dalla nascita dello *ultimo*. Vi è pure eccezione in ordine alla durata rispetto ai terzi, perchè secondo lo art. 2265 (2171) il terzo che acquista con giusto titolo e buona fede, prescrive con 10 o 20 anni, mentre dichiara il nostro articolo che non solo il donatario o i suoi eredi rappresentanti, ma anche tutti gli altri *detentori* di cose donate, potranno prescrivere in 30 anni.

747. La legge dice non doversi qui applicare le ordinarie regole sulle interruzioni di prescrizione (art. 2242 (2148) e seg.); ma è manifesto che col nome di *interruzioni* intenda pure le *sospensioni* (art. 2251 (2157) e seg.); così la prescrizione di 30 anni sarebbe di certo sospesa se il donante e i suoi eredi fossero interdetti o minori. È manifesto, diciamo; infatti la legge (a fin di dare ai figli più agio di trovar l'azione di restituzione nella eredità del loro autore) si è qui slontanata dal dritto comune a fin di rendere più difficile la prescrizione: sarebbe il medesimo che metterla in contraddizione con se stessa pretendendo che essa voglia renderla più facile, facendola correre contro quelli in di cui vantaggio altrove sempre la ferma.

748. Del rimanente, il testo esprimesi inesattamente dicendo che il donatario potrebbe dopo il trentennio opporre la prescrizione onde *far valere la donazione*; perchè, come abbiamo veduto, la donazione è irrevocabilmente annullata per sopravvenienza dei figli, nè può giammai valere per qualunque altra causa. Il donatario, è vero, per *conservare la cosa donata* che opporrà la prescrizione non gliela avrà fatto restituire; ma non farà valere la donazione, ma solo invocherà lo effetto diretto della opposta prescrizione; perchè dessa, come la donazione, è vera maniera di acquistare la proprietà. Onde egli conserverà la cosa, non come donata, ma sì come prescritta.

E tal differenza nel principio della proprietà trae, come si comprende, diversi risultamenti; se il donatario dovesse conservare la cosa col far valere la donazione, vi sarà riduzione nel caso in cui la donazione eccedesse la porzione disponibile; vi sarà collazione, se il donatario (morto il figlio la cui nascita ha dato luogo alla revoca) divenisse uno dei coeredi del donante; potrebbe pure darsi luogo a novella revoca per ingratitudine; poi il donatario potrebbe essere tenuto a prestare gli alimenti al donante.

All'opposto, siccome la donazione è, e rimane affatto cancellata, e la cosa può solo appartenere di nuovo all'antico donatario mercè la prescrizione, non vi sarà mai nè donatario, nè donante, nè potrà trattarsi mai nè di riduzione, nè di collazione, nè di alimenti, nè di ingratitudine.

FINE DELLA PRIMA PARTE DEL VOLUME SECONDO

SOMMARIO

DELLE MATERIE

SPIEGATE NELLA PRIMA PARTE DEL SECONDO VOLUME

LIBRO TERZO

Disposizioni generali. — Dei modi coi quali si acquista la proprietà o i suoi smembramenti (art. 711, 717 (632, 637)) pag. 7
Sunto delle disposizioni generali » 15
TITOLO I. — DELLE SUCCESSIONI » 16
CAPITOLO I. — Apertura delle successioni, e passaggio nel possesso degli eredi. » 17
Della apertura delle successioni (art. 718, 722 (638, 643)) » ivi
Del passaggio del possesso negli eredi. Differenza fra gli eredi, e gli altri successori generali (art. 723, 724 (644, 645)) » 31
CAPITOLO II. — Delle qualità richieste per succedere » 33
Delle cause d'incapacità (art. 725, 726 (646, 647)) » 34
Delle tre cause d'indegnità e dei loro effetti (art. 727, 730 (648, 653)) » 40
CAPITOLO III. — Dei diversi ordini di successione regolare » 54
Sezione I. — Disposizioni generali (art. 731, 738 (654, 659)) » ivi
Sezione II. — Della rappresentazione (art. 739, 744 (660, 666)) » 63
Se la rappresentazione debba considerarsi come una finzione (art. 744 (666)) » 64
Sezione III. — Delle successioni che si deferiscono ai discendenti (art. 745 (667)) » 66
Sezione IV. — Delle successioni che si deferiscono agli ascendenti » 67
Degli ascendenti non privilegiati che formano il terzo ordine di successione (articolo 746 (668 669)) » 68
Degli ascendenti privilegiati che formano (insieme ai collaterali privilegiati) il secondo ordine di successione (art. 748-749 (671-672)) » 69
Sezione V. — Delle successioni collaterali » ivi
Dei collaterali privilegiati, che formano (insieme agli ascendenti privilegiati) il secondo ordine di successione (art. 750, 752 (672, T)) » ivi
Dei collaterali ordinarî (art. 753-755 (673-T)) » 70
Della successione speciale degli ascendenti donanti (art. 747 (670)) » 71
CAPITOLO IV. — Delle successioni irregolari 86
Sezione I. — Dei dritti dei figli naturali sopra i beni dei loro genitori, e della successione ai figli naturali morti senza discendenti » ivi
Della successione dei figli naturali ai loro autori (art. 756, 761 (674, T)) » 87
Dei figli adulterini o incestuosi (art. 762, 764 (678, 679)) » 101
Della successione ai figli naturali (art. 765, 766 (680, 681)) » 104
Sezione II. — Dei dritti del conjuge superstite e dello Stato (art. 767, 768 (683, 684)) » 113
Degli obblighi imposti a tutti i successori irregolari (art. 769, 773 (685, T)) » 115
CAPITOLO V. — Della accettazione e della rinunzia della eredità » 119
Sezione I. — Della accettazione » 120
Dei diversi modi di accettare una eredità (art. 774, 782 (691, 699)) » ivi
Della restituzione contro l'accettazione (articolo 788 (705)) » 134
Sezione II. — Della rinunzia alla eredità (articolo 784, 792 (701, 709)) » 132
Sezione III. — Del beneficio dell'inventario, dei suoi effetti, e delle obbligazioni dell'erede beneficiato (art. 793, 810 (710, 729)) » 142
Sezione IV. — Delle eredità giacenti (art. 811, 814 (730, 733)) » 157
CAPITOLO VI. — Della divisione e delle collazioni.
Sezione I. — Dell'azione per la divisione e della sua forma » 161
Quando si dà luogo all'azione per la divisione (art. 815, 816 (734, 735)) » ivi
Della capacità richiesta per procedere alla divisione (art. 817, 818 (736, 737)) » 165
Della forma della divisione (art. 819, 840 (738, 739)) » 169
Del dritto che ha ogni erede di rimuovere dalla divisione gli estranei, ossia del retratto successorio (art. 841 (760)) » 178
Della esecuzione della divisione art. 842

(761)) pag. 183
SEZIONE II. — Delle collazioni (articolo 843 (762)) » ivi
Da chi è dovuta la collazione (art. 845, 849 (764, 768)) » 186
A quale eredità si fa la collazione (art. 850 (769)) » 191
Di che cosa è dovuta la collazione (art. 851, 856 (770, 775)) » ivi
A chi è dovuta la collazione (art. 857 (776)) » 202
Come si effettua la collazione (art. 858, 869 (777, 788)) » 204
SEZIONE III.—Del pagamento dei debiti » 215
Della contribuzione ai debiti (art. 870, 872 (791, 793)) » ivi
Del dritto di agire dei creditori (art. 873, 876 (794, 796)) » 219
Dello effetto dei titoli esecutivi contro il defunto (art. 877 (797)) » 227
Della separazione dei patrimoni (art. 878, 882 (798, 802)) » ivi
SEZIONE IV. — Degli effetti della divisione e della garenzia delle quote (art. 883, 886 (803, 806)) » 238
SEZIONE V. — Della rescissione in materia di divisioni (art. 887, 892 (807, 812)) » 244
SUNTO del titolo primo » 249
TITOLO II. — DELLE DONAZIONI FRA VIVI E DEI TESTAMENTI » 286
CAPITOLO I.—Disposizioni generali » ivi
Delle due maniere di disporre a titolo gratuito (art. 893 (813)) » ivi
Della donazione fra vivi (art. 894 (814)) » 289
Del testamento (art. 895 (815)) » 292
Delle sostituzioni (art. 896, 899 (941, 944)) » 295
Dello effetto delle condizioni impossibili o illecite nelle disposizioni gratuite (articolo 900 (816)) » 309
CAPITOLO II. — Capacità di disporre o di ricevere per donazioni o testamenti » 312
Della capacità di disporre (articolo 901-903 817-821)) » ivi
Della capacità di ricevere (art. 906-912 (822, 828)) pag. 32[illegible]
CAPITOLO III.—Della porzione disponibile dei beni e della riduzione » 33[illegible]
SEZIONE I.—Della porzione disponibile (e della riserva) (art. 913-919 (829 - 835)) » 33[illegible]
Dissertazione per istabilire che gli eredi i quali rinunziano non han dritto alla riserva » ivi
E che non debbono far numero per il calcolo della riserva » 345
SEZIONE II. — Della riduzione delle donazioni e dei legati » 381
Quando può domandarsi la riduzione (articolo 920 (837)) » ivi
Da chi può domandarsi (art. 921 (838)) » ivi
Come si effettua la riduzione (art. 922, 927 (839, 844)) » 387
Effetti della riduzione (928-930 (845-847)) » 407
CAPITOLO IV.—Delle donazioni fra vivi.
SEZIONE I. — Della forma delle donazioni fra vivi (art. 931 (855)) » 412
Dei doni manuali » 414
Dell'accettazione espressa (art. 932 (856)) » 417
Da chi debba farsi l'accettazione (art. 933, 936 (857, 860)). » 423
Dello effetto delle donazioni e della necessità della trascrizione » 434
Della necessità dello spossessamento presente e irrevocabile (art. 943-950 (867, 874)) » 4[illegible]
Del ritorno convenzionale (art. 951 , 952 (876. 877)) » [illegible]
SEZIONE II.—Delle eccezioni alla irrevocabilità delle donazioni fra vivi » 466
Della revoca per inadempimento dei pesi (art. 953 954 (878, 879)) » ivi
Della revoca per causa d'ingratitudine (art. 955, 959 (880, 884)) » 467
Della revoca per sopravvenienza di figli (art. 960-966 (885, 891)) » 477
Dissertazione sulla revoca per l'adozione » 491

FINE DEL SOMMARIO

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

VOLUME II, PARTE II.

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

LIBRO TERZO

TITOLO II.

Delle donazioni tra vivi e dei testamenti.

CAPITOLO TERZO

DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE

1. Il Codice dopo avere trattato ad un tempo delle donazioni e dei testamenti nei tre primi capitoli di questo titolo, e consacrato esclusivamente il quarto alle donazioni, tratta specialmente nel quinto delle disposizioni testamentarie.

Il capitolo vien diviso in otto sezioni.

Le due prime trattano della *forma* dei testamenti (la prima, dei testamenti ordinarii, e l'altra, dei privilegiati).

La terza sezione offre la triplice classificazione dei legati in *universali*, *a titolo universale*, o *a titolo particolare;* e le tre seguenti trattano separatamente di coteste tre classi.—La settima sezione si occupa degli *esecutori testamentari*. —La ottava in fine prevede la revoca dei legati e la loro caducità.

SEZIONE PRIMA

DELLE REGOLE GENERALI SULLA FORMA DEI TESTAMENTI

2. Non ci pare che possa giustificarsi interamente questa rubrica, qualunque sia il significato che si desse alle parole *Regole generali*. Se con esse si intendano le regole comuni a tutti i testamenti, compresi i privilegiati, sarà falsa pel più degli articoli della sezione, avvegnacchè le loro regole non possano applicarsi ai testamenti privilegiati; se s'intendano le *regole ordinarie*, quelle a cui si fa eccezione pei testamenti privilegiati, sarà pur falsa, giacchè le disposizioni degli articoli 967 e 968 (892 e 893) sono evidentemente applicabili a qualsiasi testamento. Il vero è che la nostra sezione contiene insieme alcune regole comuni a tutti i testamenti ed altre applicabili solo ai testamenti ordinarî.

967 (892).— Qualunque persona potrà disporre per testamento, tanto a titolo di

istituzione d'erede, quanto a titolo di legato, o con qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la sua volontà.*

3. Sappiamo che in Roma e nelle nostre antiche province di dritto scritto, era necessario che il defunto avesse istituito uno erede propriamente detto perchè fossero valide le sue disposizioni; e senza la istituzione non vi era testamento. Era questa la prima formalità da compire: *ante omnia requirendum est*, diceva Caio, *an institutio haeredis solemni more facta sit* (Comm., II, 116). Per l'opposito le nostre consuetudini francesi negando alla volontà dell'uomo il dritto di fare eredi, dichiaravano delle volte nulla qualunque disposizione di ultima volontà che erasi fatta nella forma di istituzione di erede (1).

4. Il Codice rigettando nel merito la regola del dritto romano per seguire l'altra del dritto nazionale, lascia la maggiore latitudine in ordine alla forma. Così per la sostanza l'art. 1002 (928) dichiara conforme al dritto consuetudinario che un testamento non possa contenere altro che legati, e che quelli che il defunto chiama, qualsiasi la denominazione lor data, saranno sempre semplici legatarî e non mai eredi; per ciò che si attiene alla forma il nostro art. 967 (892) dichiara che un testamento potrà farsi validamente tanto col titolo *di istituzione di erede* che col titolo *di legato*.

Il Codice non è contento della scelta accordata fra le due espressioni, ma lascia, come abbiam detto, la più grande latitudine per l'uso delle parole: ognuno *può testare* con qualsivoglia denominazione *atta a manifestare la sua volontà*. Così abbia detto il testatore: Istituisco *N erede*, *o fo N legatario dei miei beni*, ovvero *dò ad N ciò che lascerò alla mia morte*, *ovvero io voglio che N abbia il mio patrimonio dopo di me*, *ovvero è mio desiderio che N raccolga la mia eredità*; in breve, *quali* che sieno i termini adoperati dal defunto, e per quanto scorretta e bizzarra possa essere la scelta o l'ordinamento delle parole, vi sarà sempre un testamento valido (salvo il compimento delle altre regole) per ciò solo che l'atto indichi il modo con cui egli vuole che alla sua morte sien distribuiti in tutto o in parte i suoi beni, art. 895 (815).

968 (893).— Non si potrà fare un testamento da due o più persone nel medesimo atto, tanto a vantaggio di un terzo, quanto per disposizione reciproca.

5. L'ordinanza del 1735 (2) aveva proibito che si facessero più testamenti insieme per le difficoltà alle quali siffatto modo di testare dava origine; il Codice ha con ragione riprodotto nel nostro articolo cotal divieto.

Infatti quanto più individui si combinano per fare nello stesso atto il loro testamento, può sospettarsi che la disposizione dell'uno sia stata determinata da quella dell'altro. Se vi lego il mio patrimonio nell'atto in cui voi mi legate il vostro, senza fallo il legato da me fatto vi ha mosso a farmene uno simigliante ; e viceversa se lascio i miei beni a Pietro con l'atto in cui dichiaro di lasciare i vostri a Paolo, la unità dell'atto deve far credere che noi ci siamo concertati per fare questa o quella disposizione dei nostri due patrimonî: se noi facciam testamento entrambi in favore

* L'interpetrazione de' testamenti è interamente rimessa al convincimento de' giudici del merito come ogni altra quistione di volontà. Corte Suprema di Napoli 5 agosto 1847.

(1) Chaulmont: « Institution d'héritier n'a point de lieu, à ce que testament soit valable (articolo LXXXIII). » — Vitry: « Au dit baillage, institution d'heritier, par testament n'autrement, n'a lieu (art. CI). » Meaux: Institution d'heritier n'a point de lieu (art. XXVII). » La istituzione non valeva nemmeno come semplice legato: *ne quidem in vim legati*.

(2) Vedi l'art. 77 di questa ordinanza nel *Codice Tripier* (art. 968).

Luigi, il nostro comune intendimento quello di riunire i nostri due patrimoni al medesimo capo. Qualora in breve più testamenti si fanno nello stesso atto, è da presumersi il concerto delle volontà, la convenzione fra i disponenti; cotal che l'uno non avrebbe fatta la sua disposizione se l'altro non avesse consentito di far la sua. Ora a qual regola dovrà il legislatore sottoporre il testamento congiuntivo? Se egli dichiara (come faceva il parlamento di Parigi) che l'uno dei testatori non potrà revocare se non combinandosi con gli altri, sarebbe il medesimo che contraddire la natura del testamento che deve essere sempre revocabile a libito del testatore. Se dice (come il parlamento di Grenoble) che ciascun testatore sarà libero di revocare senza alcuna condizione, sarà lo stesso che autorizzare la frode e la infrazione della fede promessa. Conseguentemente il Codice riproduce la disposizione dell'ordinanza e stanzia come seconda regola di forma il divieto del testamento congiuntivo. « Bisognava si è detto nella *esposizione dei motivi* interdire una forma incompatibile con la buona fede, e con la « indole dei testamenti » (Fenet, XII, pagina 553).

6. Il nostro articolo spesso è stato spiegato con la idea che dovendo il testamento farsi con piena libertà per parte del disponente, il legislatore aveva vietato il testamento congiuntivo perchè ciascun disponente vi era soggetto dall'ascendente di chi insieme a lui disponesse (Toullier, V-346; Vazeille, n.i 1 e 2, Demante, II, 341). Tale spiegazione è inesatta; perchè la donazione dev' esser pur l' opera del solo donante, eppure posson farsi insieme più donazioni nello stesso atto. Fa uopo dunque cercar la causa della disposizione del nostro articolo nella assoluta revocabilità del testamento, di che è prova che quando le donazioni diventano revocabili a libito dei disponenti quando son fatte da conjugi (articolo 1096 (1050)) il Codice vieta pure in tal caso di farli congiuntamente (articolo 1097 (1051)). Si è altrove veduta la esposizione dei motivi.

969 (894). — Un testamento può essere olografo, o fatto per atto pubblico, od in forma mistica.

7. Il Codice allontanandosi qui dal dritto consuetudinario e dall' ordinanza del 1735 ammette tre specie di testamenti: olografo, pubblico e mistico. In tutte e tre è necessario un atto scritto, come lo è altresì pei testamenti privilegiati, come vedremo nella seguente sezione.

Questa scrittura non è solo voluta per la prova della ultima volontà, ma per la forma dell' atto senza di cui il testamento non ha esistenza legale. Così, quando pure si trattasse di un legato minore di 150 franchi, sarebbe nullo se fatto verbalmente o in qualsivoglia altra forma fuor che quelle indicate dalla legge: nè si potrebbe mai farsene la prova per testimoni come pei contratti ordinari, art. 1341 (1295), nè completare con le testimonianze il cominciamento di prova per iscritto che si potrebbe avere (per modo di esempio, essendovi un testamento regolare, ma troppo oscuro perchè possa comprendersi, non potrebbe stabilirsi per testimoni qual fosse stata la volontà del defunto). Così pure quand' anche alcuno pretendesse che il defunto gli abbia fatto il tale legato, che non ha scritto per la promessa formale fatta dallo erede di eseguire la volontà di lui, egli nulla potrà domandare: in fatti, da una parte non v'è testamento, e dall' altra la promessa fatta dall' erede non può partorire una valida obbligazione, essendo una convenzione sopra una eredità non ancora aperta (art. 1130 (1084)).

8. L' ordinanza del 1539 (art. 111) e una disposizione del 25 pratile anno XI vogliono che gli atti notarili che riguardino testamenti o contratti sieno scritti in francese; la qual regola si applicherà dunque ai testamenti pubblici e alla *sottoscrizione* del testamento mistico, art. 976 (902). Nulla vieta che il *testamento* mistico e lo olografo sieno scritti in lingue straniere.

970 (895). — Il testamento olografo non sarà valido, se non è scritto interamente, datato e sottoscritto di propria mano dal testatore: questo testamento non è soggetto ad alcun altra formalità.*

SOMMARIO

I. Innanzi tutto bisogna che l' atto fosse un testamento. Del resto si tratta della validità per la forma.
II. Della scrittura. Una sola parola di mano aliena vizia il testamento di cui fa parte. Non importa su che e come sia scritto il testamento.
III. Della data. Si costituisce con l' indicazione dell' anno, del mese e del giorno: dissenso con Coin-Delisle — Non importa il luogo della data: Dissenso con Toullier. — Quid *se la data sia incompleta o inesatta?*
IV. Della firma. — Basta quella che il testatore era uso di apporre sui suoi atti civili.
V. Il testamento può farsi con lettera missiva. — Osservazioni su i rimandi.
VI. Forza probante del testamento olografo.

I. — 9. Il Codice riproducendo la regola della ordinanza del 1736 (art. 20) (1) permette qui il testamento *olografo* (da *grapho* scrivere, e *olos* intero) richiedendo tre condizioni per la sua validità cioè che sia *scritto* tutto dal testatore, *datato* da lui e *sottoscritto*. Innanzi di trattare delle difficoltà che da tali condizioni possano sorgere, faremo due importanti osservazioni.

La legge ci dice, o almeno deriva dal suo testo, per *a contrario* che con le condizioni volute è *valido il testamento* olografo; dunque è d' uopo pria d'ogni altra cosa che vi sia un testamento cioè una disposizione di tutti o parte dei beni che si lasceranno *alla morte*: non dice il Codice, che *qualunque* atto scritto, datato e sottoscritto da chi lo fa, *sarà un testamento valido*, ma che *qualunque testamento* scritto e sottoscritto dal suo autore *sarà valido*. — Spesso potrà essere difficile se un atto sia o pur nò un testamento, se il suo autore abbia voluto o pur nò disporre dei beni che lascerebbe alla sua morte, perchè il defunto non si sarà abbastanza spiegato ; ma sarà sempre una quistione di fatto che i tribunali decideranno; valutate tutte insieme le circostanze, e le loro statuizioni non potranno mai esser soggette alla censura della Corte Suprema. Se il defunto formando l'atto scritto, datato e sottoscritto da lui, ha inteso testare, evvi realmente testamento, e in buona forma; se ciò non ha inteso fare, non v'è di certo un testamento (2).

10. La seconda cosa che volevamo osservare, è di una evidente verità, nè ha bisogno di essere indicato, cioè che la triplice condizione di essere il testamento olografo scritto, datato e sottoscritto dal testatore, ne assicura solo la validità *in ordine alla forma*, lasciando integre le quistioni di capacità del disponente, di disponibilità dei beni legati, ecc.

II. — 11. Il testamento olografo perchè sia in buona forma dev' essere per intero scritto dalla mano del testatore: una sola parola che ne faccia parte, scritta da mano estranea, trarrebbe la nullità dell'atto; perchè in fatti quella parola farebbe sospettare che l'atto non fosse opera della sola volontà del testatore.

Perchè una parola scritta da un terzo infermi il testamento bisogna diciamo che ne faccia parte. Senza dubbio non è necessario che si trovi nello stesso corpo dell' atto; collocata in una interlinea o in

* D. 5 ottobre 1818. — 1° I testamenti olografi possono essere scritti in carta comune. — 2° Gli eredi ed i legatari non potranno farne uso e non potranno avere la loro esecuzione se non sieno prima vistati per bollo e registrati, pagandosi il solo dritto senza multa veruna.

— Il testamento olografo può farsi con lettera missiva; ed è indifferente che la data vi sia scritta nel principio o nel fine. Corte suprema di Napoli 26 giugno 1847.

(1) Vedi questa disposizione sotto l'art. 970(895), del *Codice Tripier*.

(2) Rig., 6 termidoro anno XII ; Rig. , 5 febbraro 1823; Cass., 21 marzo 1833.

postilla, trarrebbe similmente la nullità, essendo uno degli elementi che formano la frase a cui si riferisce: allora essa farebbe parte del testamento, nè si potrebbe più dire che questo sia scritto *per intero di* mano del testatore. Ma se qualche parola o anche qualche frase scritta da mano estranea nel testamento non facessero parte nell'atto, il quale senza di esse sarebbe pieno ed intero, esse non nuocerebbero alla sua validità; l'essere il mio testamento poscia che io lo abbia fatto, venuto nelle mani di un terzo che ha pensato scrivervi qualche parola (o macchinalmente, o forse col disegno di renderlo inefficace) non può togliere che io abbia fatto un valido testamento. Ciò che forma allora il *testamento* è veramente scritto per intero dalla mia mano. Del resto, se le parole scritte da un terzo facciano o pur nò parte del testamento, sarebbe quistione di fatto che valuterebbero i magistrati.

Essendo il testamento scritto per intero di mano del testatore, è compiuta la prescrizione della legge; e l'atto è valido in qualsiesi modo e su qualunque sostanza sia scritto. Così, sia su carta, su pergamena, su legno, su cartone, su bucato; scritto con l'inchiostro, col sangue, o con qualunque altro liquido, od anche col lapis; offra anche in gran numero abbreviazioni, somme in cifre, postille, interlinee, raschiature, giunte... tutto ciò non importa; bisogna che l'atto si possa leggere. Contenendosi nell'atto disposizioni di ultima volontà è desso un testamento; ed essendo scritto il testamento per intero (e poi datato e sottoscritto) di mano del suo autore è desso un testamento olografo valido.—Senza fallo se le raschiature, giunte, e le interlinee togliessero assolutamente di aver senso questa o quella frase sarebbero queste inefficaci, ma non perciò s'impedirebbe di eseguirsi le altre disposizioni. Senza fallo ancora se per lo effetto delle raschiature tutto il testamento fosse talmente tronco che nissuna frase restasse integra ed offrisse un senso completo, dovrebbesi dire non essere più quello un testamento, ma i vestigi informi di un testamento precedente a cui il defunto voleva recar mutamenti, che poi non ha fatto prima di morire. Ma per ciò bisognerebbe che le raschiature non avessero lasciata intera veruna disposizione, perchè se una sola ne rimanesse sarebbe sempre efficace non ostante che il testatore, non avesse sostituito le altre.

È un errore lo avviso contrario di Toullier (V, 360) e di Grenier (n. 228-*sept.*). Imperocchè dallo aver soppresso il testatore questa o quella parte del suo testamento, ed esser morto senza aver sostituito altre disposizioni, non può inferirsi che egli abbia voluto pur sopprimere quelle parti lasciate intatte (1).

III.—12. La seconda condizione che il nostro articolo vuole per la validità del testamento olografo, è che sia datato di mano del testatore. Ma di quali elementi si compone la data?

È uso formar la data con l'indicazione del luogo, dell'anno, del mese e del giorno in cui l'atto è fatto; ma quella del luogo non potrebbe essere necessaria. Infatti 1. Le date nel senso proprio della parola, sono le indicazioni dei tempi, non quelle dei luoghi: le parole *data*, *datare* tanto nella legge, come altrove, esprimono la idea di tempo; 2. L'ordinanza del 1735 richiedendo pei testamenti olografi la indicazione del *giorno*, *mese* ed *anno* (articolo 38), non volea affatto quella del luogo, è sempre evidente che il Codice abbia voluta la data come la intendeva la ordinanza. Tutti in ciò sono d'accordo.

Questo unanime accordo eravi stato sempre per dichiarar necessaria la indicazione del giorno, mese ed anno, quando uno recente scrittore, Coin-Delisle (n. 28), si è fatto a pretendere non essere indispensabile la espressione del giorno, ma quella sola dell'anno e del mese. Noi non potremmo essere dalla sua. Senza dubbio

(1) *Conf.* Vazeille (n. 4), Poujol (n. 6), Coin-Delisle (n. 19); Rig., 15 gennaro 1834 (Dev., 34 1, 173).

la indicazione del mese e dell'anno *(fatto in gennaro 1844)* è una data, ma nell' articolo non si parla di una qualunque data, essendo pur data la indicazione del solo anno (nel 1844); eppure Coin-Delisle non sà dire che dessa fosse bastevole. La *data* cioè la determinazione del tempo è qual cosa d'indeterminato, essendovi gradi in più o in meno nella determinazione, e potendo datarsi per ore e per minuti, come per anni o per secoli. Ciò essendo e il Codice non avendo voluto contentarsi di una data qualunque, è uopo determinare con le circostanze la espressione troppo vaga di cui si è servito. Ora dacchè l'uso generale e ben noto dai compilatori era quello d' indicare il giorno nella data, e l'ordinanza del 1735 a cui non si era voluto derogare positivamente lo richiedeva, avvi doppia ragione perchè si riconosca con tutti gli scrittori il bisogno di tale indicazione; qualunque altra decisione sarebbe di necessità arbitraria e senza fondamento; l'uno vorrebbe l'anno, e l' altro i minuti.

Gli è del resto evidente che il giorno potrebbe indicarsi senza dire il quanto del mese. Così la data sarà regolarissima quando si sarà detto la prima domenica di aprile 1835, il giorno di Pasqua 1836, ecc.

13. Il luogo che occupa la data nell'atto è indifferente, perchè riferiscasi allo intero testamento. Così sia posta in capo del testamento o nel corpo stesso della disposizione, o alla fine dell'atto e prima della sottoscrizione, o segua la sottoscrizione e formi l' ultima linea dell' atto, in tutti i casi vi sarà validità. Pure insegna Toullier (V-375) esservi nullità nell'ultimo caso, cioè quando la data segua la sottoscrizione; ma è un errore, non si reggono i due motivi sù cui si fonda.

La firma, egli dice, dapprima pon fine all' atto, e quindi ciò che vien dietro è fuori il testamento. Gli è questo un sofisma che si confuta doppiamente. Se si prende la parola testamento nel suo senso stretto cioè in quello appunto del nostro articolo non sarà vero che la sottoscrizione sia la fine del testamento e una parte di esso: non ne sarà, come pur la data, che un accessorio. Imperocchè dire come il Codice, come tutti, come lo stesso Toullier, che il *testamento dev' essere datato* e *sottoscritto*, vale il medesimo che la data e la sottoscrizione non sono parti del testamento, ma elementi che si aggiungono ad esso; se il testamento comprendesse la data e la sottoscrizione, non si potrebbe discorrere di datare *o sottoscrivere* un testamento. Se poi la parola *testamento* si prende sul suo senso lato, gli è vero che la sottoscrizione ne sarà una parte, ma la data lo sarà pure, nè vi sarà veruna ragione perchè questa, anzichè quella siane di necessità l' ultima parte. Toullier trae argomento dall'ordine delle parole usate dal Codice che vuole il testamento sia *datato* e *sottoscritto*, e non già *sottoscritto* e *datato*. Ma a prescindere della sua leggerezza, questo motivo è confutato dal testo medesimo della legge; la quale vuole che il testamento sia *scritto*, *datato* e *sottoscritto*. Se dunque la legge chiedesse le condizioni nell' ordine di loro indicazione, sarebbe cosa indispensabile che il testamento fosse scritto per intero innanzi che fosse datato. Ma lo stesso Toullier consente (n. 376) che la data può ben precedere le disposizioni. Egli dunque si condanna da se stesso, e con buona ragione la giurisprudenza condanna la sua dottrina (1).

Ma il testamento in cui la firma preceda la data potrebbe esser annullato per la ragione *di fatto*, che la data non fosse in relazione col testamento, che per esserne lontana o per altra qualsiesi circostanza deve riguardarsi come non relativa ad esso, e di conseguenza v'è da una mano una data isolata, che non può a nulla riferirsi (o solo ad altra scrittura che non sia

(1) Parigi, 13 ottobre 1811; Besanzone, 7 febbraro 1823; Bordeaux, 12 gennaro 1825; Rig., 9 marzo 1825, Parigi, 22 aprile 1828; Rennes, 11 febb. 1830; Rig., 11 marzo 1831 (Dev., 1831, 1, 189).

stamento) e dall'altra un testamento sottoscritto, ma non datato: stabilito in *fatto* che il testamento non abbia data farebbe mestieri concluderne in dritto che desso sia nullo.

Questo dritto di valutare i fatti vi sarebbe pure quando la data sia posta in mezzo alle disposizioni, per conoscere se la si riferisca alle seguenti o alle precedenti disposizioni, o se le prime non debbano dichiararsi senza data e giudicarsi quindi nulle. Conviene dunque che i testatori onde porre la esecuzione delle loro volontà al coverto da ogni rischio, scrivano il loro testamento nel seguente ordine: 1. Scrittura intera e continua di tutte le disposizioni; 2° apposizione immediata, e in una espressa linea, della precisa data, e 3° alla fine di tutto apposizione della firma ordinaria e regolare.

14. Una data incompleta renderebbe nullo il testamento, perchè allora l'atto presenterebbe non una data, ma una frazione di essa. Onde dovrebbe in principio dichiararsi nulla la data, che per la omissione di qualche parola, o per aggiunte o raschiature offrisse queste parole, *fatto a Parigi il 10 maggio mille sette*. Sarebbe pur così del testamento di cui la data fosse evidentemente falsa: per modo di esempio, se la data sia del 1830 e rimanga provato per la carta su cui è scritto sia stata fabbricata nel 1835; ovvero se la data sia del 1842, e il testatore fosse morto nel 1839. Gli è manifesto in fatti che la legge richiedendo la data del testamento intende per ciò la vera indicazione del tempo in cui è fatto, e non già di un tempo qualunque (1). Ma il testamento dovrebbe mantenersi, se la data incompleta potesse completarsi colle circostanze cavate dallo stesso testamento; come pure se la data fosse inesatta, quando il testamento offrisse elementi per la vera data. Così supponiamo che il testamento datato *mille sette* e di cui l'autore fosse morto dal 1808 al 1816, disponga fra le altre cose di una casa acquistata dal testatore nel secolo decimonono dopo il 1800, riesce certo, che il testamento non sia stato fatto nel *mille sette* (cento, ecc.), ma che lo sia stato nel *mille (ottocento)* sette. Similmente, se il testamento di una persona morta nel 1844 fosse datato di *mille NOVE centoquaranta*, si deciderebbe facilmente che il testatore abbia voluto e creduto scrivere *mille OTTO centoquaranta*, e che il testamento sia abbastanza datato (Rig., 19 febbraro 1818); Rouen, 23 luglio 1825; Rig., 2 marzo 1830.

IV.—15. Il testamento olografo deve in fine essere sottoscritto. Ma in che sta la firma di una persona? Basta la iniziale del suo cognome accompagnata dal titolo di nobiltà, o dal nome seguito dalla iniziale del cognome, o da nomi seguiti da un titolo di dignità (come è uso dei Vescovi), o di un soprannome con cui la persona sia stata sempre conosciuta, ovvero bisogna assolutamente il cognome di famiglia del testatore?

La sottoscrizione consiste regolarmente nell'apporre il cognome di famiglia nel modo solito farsi; se non che questo modo che è il più regolare non è obbligatorio, potendosi fare altrimenti. Nissuna legge ordina di sottoscrivere in questo o in quel modo, e siccome la sottoscrizione, la firma, il *segno* di una persona altro non è che il mezzo adottato per esprimere alla fine degli atti la sua identità, l'*io*, per indicare e farvi conoscere la propria personalità (*signum, signare, designare*), devesi avere come valida sottoscrizione qualsiesi modo con cui è solito farsi. Così abbia il testatore sottoscritto con un cognome che non era quello della sua famiglia, ma un soprannome suo proprio, abbia usato le iniziali seguite dal titolo di una terra o di una dignità, vi sarà solo ad esaminare se in quel modo il testatore era solito di sottoscrivere i suoi atti civili (2). — Ciò si applicherebbe secondo la dottrina di Merlin

(1) Rouen, 10 giugno 1829; Riom, 8 ottobre 1837; Rig., 9 gennaro 1839; Rouen, 14 aprile 1847 (Devill., 1839, 1, 433; *J. du P.*, 1848, 2, 569).

(2) *Conf.* Pau, 13 giugno 1822; Rig., 23 marzo 1824; Bourges, 19 ott. 1824; Bordeaux, 7 marzo 1827; Rig., 10 marzo 1829.

(alla parola *Sottoscrizione*, § 3, art. 4) e non ostante quella di Duranton (IX, 40), anche al caso di semplici iniziali senza veruna aggiunta; perchè quando il defunto aveva l'uso di sottoscrivere in quel modo i suoi atti, anche i più importanti, non si può dire di non avere sottoscritto nè posto il suo segno, la sua impronta, la sua firma *(signum, signare)*. In breve sarà valida la firma del testamento, essendo quella che il testatore era consueto di fare.

Pertanto si deciderebbe secondo le circostanze di fatto se un testamento fosse validamente sottoscritto qualora il nome del testatore sia posto nel corpo stesso dell'ultima frase, invece di essere separato da tutta la scrittura: *fatto e sottoscritto da me Michele-Francesco Falla il 20 dicembre 1809*. Se i nomi sono accompagnati dalla cifra ordinaria della persona, se essa non usando mai o non sempre della cifra ha voluto scrivere il suo nome di un carattere più spiccato del resto; se in fine i nomi anche di un carattere simile al resto sono scritti da tale che in tutti o in molti atti firmava di un carattere ordinario e confusi nell'ultima frase, dovrem dire esservi veramente la sottoscrizione del testatore, ed esser valido il testamento. Se al contrario i nomi scritti così senza cifra, senza distinzione dal corpo dell'atto appartengano a tale che sempre abbia apposto nei suoi atti la firma separata, si direbbe con ragione che tali nomi non costituissero la firma; che annunziassero e sviluppassero quella che si proponeva di metter sotto; e che non essendosi apposta la firma, l'atto è rimasto progetto, senza efficacia.

V.— 16. Scritto il testamento datato, e sottoscritto di mano del testatore è perfettamente valido: *non essendo* dal nostro articolo *sottoposto a veruna altra formalità*. È dunque valido in una lettera missiva, come in altro modo; il Codice non ha riprodotto il divieto recato già dall'ordinanza del 1735 (art. 3): e quando Bigot Préameneu diceva nella *Esposizione dei motivi* (Fenet, 12, pag. 553) che non sarebbero ammesse simiglianti disposizioni, ha commesso un evidente errore, rigettato dagli scrittori e dalle decisioni. Se non che bisogna certamente esser provato che l'autore della lettera abbia inteso che le linee da lui scritte costituissero il suo testamento; e bisognerebbe badare perchè tal carattere non sia attribuito alla lettera scritta per annunziare che si è fatto o si farà un testamento di cui si indicano le disposizioni. Per modo di esempio, se una lettera dicesse solo: « *Mio caro amico, io scrivo il mio testamento nei termini che vi ho annunziato, lego questa cosa ad N, quell'altra ad N, e riduco N ad* aver la tal cosa » questo è l'avviso di un testamento che fa l'autore della lettera; ma se la lettera dicesse: « *Io vi mando qui acchiuso il mio testamento, pregandovi di esserne depositario per sopravvegliare quando ne sarà l'ora, alla sua esecuzione* », non vi potrebbe esser dubbio sull'intendimento dell'autore della lettera.—Del resto, il conoscere se la lettera contenga realmente il testamento, o solo l'annunzio e la spiegazione del testamento progettato, sarebbe una quistione di fatto soggetta al criterio dei magistrati, e per cui (come su molte altre relative a tal materia) non si incorrerebbe nella censura della Corte suprema. Dovrebbe ammettersi la cassazione se i giudici avessero pronunziato la nullità, riconoscendo che la lettera scritta datata e sottoscritta dal suo autore, fosse fatta nella intenzione di testare, ma *non* già quando avessero dichiarato (anche a torto) che la lettera non costituisca un testamento.

17. Le postille come il corpo stesso del testamento son valide sotto la condizione di essere scritte datate e sottoscritte dal testatore. Ma non sempre sono necessarie la data e la sottoscrizione: quando la postilla è fatta ad un tempo che il corpo e si congiunge con esso per il tempo, vi ha una sola cosa indivisibile come una sola sottoscrizione; ma se la postilla è stata giunta al testamento dopo che esso è stato fatto, la è veramente una novella disposizione che vuole quindi un'altra sottoscrizione, e massime un'altra data. È vero che qualunque postilla che non porti una novella data deve

perciò presumersi relativa al tempo in che l'atto si fa; ma come il contrario potrebbe esser provato (o perchè il legatario o la cosa legata non esistessero alla data riferita, o per differenza di inchiostro, o per altra causa) la data e la sottoscrizione novelle non si trascurerebbero senza pericolo, e siccome per le postille fatte insieme col testamento potrebbero sorgere alle volte difficoltà (anche per differenza d'inchiostro o di penna) farebbe sempre opera prudente il testatore di sottoscrivere e datare tutte le sue postille, o di approvarle (indicandone il numero) sopra la data e la sottoscrizione.

VI. — 18. Il testamento olografo, benchè fatto regolarmente, non può aver mai la forza probante di un testamento pubblico. Esso in fatti, che che ne abbiano potuto dire, non è un atto autentico, ma in carta privata.

« L'atto autentico, dice l'art. 1317 (1271), è quello che è stato ricevuto da pubblici uffiziali; » ma il testamento olografo non ha tal carattere. Si direbbe invano che avendo la legge accordato a tutti il dritto di far testamento, ognuno è in certo modo uffiziale pubblico per fare il proprio testamento. Sarebbe questo un cerchio vizioso, perchè per inferire dal dritto che ho di far tale atto che io sia un pubblico uffiziale, bisognerebbe prima esser provato che quell'atto sia autentico.

Il testamento olografo adunque è un atto in carta privata, e conseguentemente colui contro di cui si domanda la esecuzione, non dovrebbe iscriversi in falso per attaccarne la sincerità. Onde se l'erede pretende esser falsa la data, e il testamento che l'autore ha dichiarato esser fatto nel 1835 (nel qual tempo egli era capace) essere stato scritto nel 1840 (quando era interdetto), potrà fornire la prova con tutti i mezzi atti a stabilire la frode.

Spetterebbe la prova della falsità della data all'erede, e non già al legatario quella della verità, perchè riconosciutosi come fatto dal defunto un testamento regolare, esso fa necessariamente fede sino alla prova del contrario, essendo sempre presunta la verità. Ma spetterebbe far la prova al legatario, dovendosi conoscere se il testamento appartenga o pur nò al defunto e se sia o pur nò regolare. Così basterebbe all'erede dire di non riconoscere la scrittura o la sottoscrizione del suo autore, perchè il legatario debba provare la verità della una e dell'altra; parimente, se l'erede riconoscendo che il testamento sia scritto dal suo autore pretenda esservi una frase scritta di mano estranea, spetterebbe pure al legatario provare che sia scritta di mano del testatore. In fatti è chiaro appartenere la prova a colui che reclama un dritto, e di conseguenza il legatario che vuol dimandare all'erede la esecuzione del testamento, deve incominciare dal provare che il testamento sia valido.

19. Ciò che abbiamo detto non si applica a un legatario universale che sia in concorrenza di un erede non legittimario. Quello allora non deve domandar rilascio, ma farsi immettere solo in possesso con una ordinanza del presidente. Ciò sarà da noi esaminato sotto gli art. 1006, 1007, 1008 (932, 933, 934).

971 (896). — Il testamento per atto pubblico è quello che è ricevuto da due notari in presenza di due testimoni, o da un notajo in presenza di quattro testimoni.

20. Dal testamento per atto privato il Codice passa al pubblico, di cui trattano il presente e i seguenti quattro articoli; tratterà poi del testamento mistico nei quattro art. 976-979 (902-905) per finire la sezione con una regola intorno ai testimoni (art. 980 (906)).

Essendo il testamento pubblico un atto notarile, è soggetto in generale alle regole indicate dalla legge del 25 ventoso anno XI per gli atti ricevuti dai notari, mentre debbono pure applicarglisi quelle segnate dal Codice civile. Diciamo essere il testamento soggetto alle regole della legge di ventoso in *generale*, e non per tutto assolutamente. In fatti, è manifesto che per quei punti diversamente regolati da quella legge e dal Codice, bisogna seguir questo non

quella. Il che specialmente avviene per il numero la capacità e i doveri dei testimoni; così il nostro articolo vuole due notari e due testimoni, o un notaro e quattro testimoni. mentre la legge del ventoso (articolo IX) vuol due notari senza testimoni, o due testimoni con un solo notaro (vedi anche art. 974. 975, 980 (900, 901. 906)).

Le forme volute dalla legge del ventoso per vari atti notarili lo sono, ora a pena di nullità, ora sotto altra pena che lascia sussistere la validità dell'atto; quelle imposte dal Codice ai testamenti, lo sono tutte a pena di nullità (art. 1001 (927). dunque l'atto testamentario sarà nullo, quando si è omessa una formalità richiesta dal Codice, non importando se dessa sia o pur nò voluta dalla legge del ventoso.

972 (897). — Se il testamento è ricevuto da due notari. sarà loro dettato dal testatore, e sarà scritto da uno di questi notari ne'termini stessi ne'quali gli viene dettato.

Se non vi è che un solo notaro, deve egualmente essere dettato dal testatore, e scritto da questo notaro.

Nell'uno e nell'altro caso, se ne deve fare la lettura al testatore in presenza dei testimoni.

Di tutto si deve fare espressa menzione.*

SOMMARIO

I. Quattro formalità volute dal nostro art. (a pena di nullità), 1° Il testatore deve egli stesso dettare le sue volontà.

II. 2. Devono essere scritte dal notaro stesso e secondo gli son dettate, salvo il modo di compilarle. Del caso in cui il testatore non parlerebbe la lingua francese.

III. 3. Deve esser data lettura dell'atto al testatore in presenza dei testimoni.

IV. 4. Infine il notaro compilatore deve far menzione di aver compito le tre formalità in termini che non ne facciano dubitare.

I. — 21. La legge sottopone nel nostro articolo la compilazione del testamento a regole severe che mirano a garentire la sincerità delle manifestate volontà; 1°. Il testatore deve egli stesso dettare il suo testamento al notaro. o a due notari da cui esso è ricevuto; 2°. Il notaro o uno dei due deve scrivere il testamento secondo vien dettato; 3°. Finita la compilazione, se ne deve dar lettura al testatore alla presenza dei testimoni; 4°. Il pubblico uffiziale deve far menzione dello adempimento di tali formalità. Non si dimentichi che una di esse trascurate trarrebbe la nullità dell'atto (art. 1001 (927)).

E primieramente, il testatore medesimo deve dettare il suo testamento per modo che il notaro abbia a copiare le sue parole. La legge schiva scrupolosamente tutto ciò che potrebbe far temere che il testamento non fosse l'opera del solo testatore; e dove per tutti gli altri atti (per modo di esempio,

* D. 21 giugno 1842. — 1. Una persona affatto sorda la quale possa parlare e sappia leggere, abbenchè non sappia o non possa firmare, può testare per atto pubblico, dettando il suo testamento secondo il prescritto dal surriferito art. 897 delle leggi civili, e facendone in seguito la lettura ella stessa. — Il notaio farà nel rogito espressa menzione di questo adempimento; dopo di che egli darà lettura dell'atto medesimo in presenza de' testimoni a' termini del sopraccitato art. 897.

Massime della Corte suprema di Napoli.

— La locuzione in terza persona nella dettatura di un testamento per atto pubblico, non mena a nullità. — La legge vuole assicurare il senso non le parole. — Non mena a nullità la mancanza del domicilio de' testimoni. 22 luglio 1826.

— Il testamento per atto pubblico non è nullo sol perchè nell'atto il notaio non abbia dichiarato la conoscenza che avevano dei testatore i testimoni o le altre circostanze per le quali la legge non ha prescritto doversene fare espressa menzione. 7 novembre 1846.

— Sebbene la giurisprudenza abbia ritenuto non essere necessaria la dettatura da parola a parola, non può però mettersi in dubbio che siavi assolutamente bisogno della manifestazione della volontà del testatore con parole espresse per tutto quello che intende disporre. Ciò non può essere supplito nè con bozze che il testatore presenti al notaio, nè con risposte semplicemente affermative o negative, che il testatore possa dare alle interrogazioni del notaio. La legge vuole che ogni testamento parta direttamente e principalmente da colui che dispone, ed un testamento per via d'interrogazioni non può aver sussistenza. 13 sett. 1849.

per una donazione fra vivi) permette che il notaro stendesse da solo l'atto ed anche senza la presenza della parte, sulle istruzioni che questa gliene abbia dato, lo riduce qui all' ufficio di segretario che non deve altro scrivere che quello gli vien dettato, e sotto la dettatura stessa di chi parla. Un testamento compilato dal notaro tosto dopo avute le istruzioni è stato con ragione dichiarato nullo; come lo è stato parimente un altro perchè il notaro dopo ricevuta la dichiarazione del disponente, ammalato di cholera nel suo letto, si è posto a scriverla in una altra stanza (1).

Sarebbe annullato con più ragione l'atto, se il notaro innanzi di lasciare che il disponente manifestasse da sè le sue idee, fosse proceduto per via di interrogazioni, lasciata la parte di segretario datagli dalla legge. Del resto il testatore può farsi illuminare, prima di fare il testamento, da quel consigliere che vuole, fosse pure il notaro che deve ricevere l'atto, e può dettare le sue volontà leggendo le note rimessegli da quello, oppure un modello che questi gli abbia fatto stendere. Non è nemmeno impedito il notaro di fare qualche domanda o osservazione al testatore onde svilupparsi o rendersi più chiare le volontà da lui manifestate; può anche suggerirgli *parole* che esprimano meglio il pensiero, ma non deve mai suggerirgli *idee* novelle.

II.—22. Ciò che abbiam detto intorno alla prima regola del nostro articolo (che il testatore deve egli stesso dettare il suo testamento al notaro) spiega insieme l'altra (che il notaro deve scrivere il testamento secondo gli vien dettato). Ma cotesta idea non dovrebbe spingersi sino al ridicolo; non essendo il notaro tenuto a riprodurre gli errori di francese, le espressioni improprie, i modi bizzarri che potrebbe usare il testatore. Se deve farla da segretario, può almeno mostrarsi intelligente ed istruito; se non che non slontanandosi mai dal pensiero, deve slontanarsi dalle parole quando le convenienze della lingua lo richiedano.

Il notaro deve scrivere le volontà del testatore sotto la dettatura di lui, non potendo, come si fa negli altri atti, farle scrivere da un suo aiutante.

Negli altri casi basta che l' atto, non importa da chi scritto, sia letto alle parti dal notaro o alla presenza di lui; ma il testamento secondo il nostro articolo deve essere scritto dal notaro o da uno dei notari, e se fosse scritto da qualunque altro, vi sarebbe tal contravvenzione che ne trarrebbe la nullità secondo l'art. 1001 (927). — Ma questa regola dovrebbe applicarsi non all'atto intero, ma al solo *testamento* preso nel senso stretto, cioè a quella parte dell'atto che contenga la espressione delle volontà. Il preambolo dove si scrive la comparsa del testatore, i nomi, i domicili e le qualità dei testimoni, ecc. potrebbe essere scritto anticipatamente e da altra mano; perchè queste cose non le detta il testatore, e giusta il nostro articolo il notaro deve scrivere tutto ciò che vien dettato da lui. Non bisognerebbe nemmeno adottarsi la strana idea di uno scrittore (Bousquet, n. 10), il quale opina potersi temere una dichiarazione di nullità, se le parole del testatore, ove fossero due i notari, sieno state raccolte e scritte in parte da uno e in parte dall' altro (perchè il primo per indisposizione non avrebbe potuto continuare). Non è manifesto essere indifferente che il testamento sia ricevuto da questo o da quello, o in parte dall'uno e in parte dall' altro, avendo i notari la medesima capacità?

23. La regola secondo la quale il testamento pubblico deve scriversi dal notaro e sotto la dettatura del testatore, ha fatto sorgere quistioni per il caso in cui il testatore non parli la lingua francese. Le nostre antiche leggi vietavano di stendersi alcun pubblico atto altramente che in francese, e una ordinanza del 4 pratile anno XI ordinò che gli atti pubblici nei dipartimenti del Belgio superiore, della riva sinistra del Reno, del Tanaro, del Pò e negli altri in cui si fosse mantenuto l'uso di stendere gli atti nella lingua di questi

(1) Rig., 12 ottobre 1834; Rig., 20 genn. 1840 (Dev., 35, 1, 202; 40, 1, 111).

paesi, si scrivessero in francese. La volontà del legislatore adunque, sebbene non viene manifesta in alcun testo generalmente ed assolutamente, è che tutti gli atti pubblici che si fanno in Francia sieno scritti in francese, e debbano i notari conformarvisi tanto pei testamenti che per tutti gli altri atti. — Dunque quando un testamento è dettato in lingua straniera, il notaro deve scrivere in francese le idee manifestate in altra lingua; ma per questo caso facciamo alcune osservazioni.

È dapprima evidente, che il notaro debba necessariamente possedere la favella francese e quella parlata dal testatore, e che non potrebbe farsi tradurre da un interpetre ciò che gli detta il testatore, dovendo il notaro in persona, e non già un terzo raccogliere dalla bocca del disponente la manifestazione delle sue volontà. Non è men certo che il secondo notaro e i due o i quattro testimoni debbano comprendere anche la lingua del testatore, perchè essendo essi i cooperatori e sorvegliatori del notaro, bisogna conoscano se colui che parla detti un testamento e quale. Ma non è parimente necessario che i testimoni sappiano pure il francese: potendo un testamento essere ricevuto alla presenza di quattro persone che conoscano la sola favella del testatore, purchè il notaro sappia insieme e l'una e l'altra. Se non che il notaro deve allora secondo noi scrivere l'atto nelle due lingue, scrivendo a mezzo margine in fronte al francese la lingua del testatore e dei testimoni, come positivamente lo permette la surriferita ordinanza del 24 pratile; e la lettura richiesta dal nostro articolo sarà fatta nella lingua del testatore. Mercè questi due testi, e con le circostanze che noi supponiamo, tutti gli ordinamenti della legge sono scrupolosamente seguiti, tutti i suoi intendimenti osservati, nè sappiamo sotto qual pretesto un tal testamento potrebbe esser censurato. Il notaro e i testimoni han perfettamente compreso il testatore; il testatore e i testimoni han potuto seguire cogli occhi il notaro che scrive nella loro lingua, e pienamente compreso la lettura fatta loro dal notaro del testo scritto in essa lingua; vi sono dunque, quanto a tal testo, tutte le garenzie di sincerità volute dal nostro articolo; e siccome questo testo resta in fronte all'altro francese, non è a temersi nemmeno in quest'ultimo la frode.

Non potremmo dunque adottare intorno a ciò la dottrina che professano, o alla quale inclinano il più degli scrittori, cioè che i testimoni debbano necessariamente intendere come il notaro, la lingua del testatore e quella francese (1). Ma nemmeno potremmo seguire il sistema contrario che risulta da talune decisioni, ed è seguito da Coin-Delisle. Secondo il qual sistema non sarebbe necessaria in alcun modo la scrittura nella lingua del testatore; bastando che il notaro dopo avere scritto solo in francese, ne facesse la lettura interpetrandolo nella lingua del testatore e dei testimoni. Ma ov'è allora la garenzia voluta dalla legge di testimoni che possano seguire cogli occhi il notaro secondo che egli scriva le parole del testatore nella lingua ad essi nota e rileggerle poi quando tutto è formato? Non si scorge che con un testatore e testimoni che conoscano il tedesco quando il notaro scrive in francese *ciò che vuole*, e lo rilegge poi *come vuole*, diventano nullo il riscontro dei testimoni e la sorveglianza del testatore (2)?*

Nè l'ordinanza del 24 pratile nè verun

(1 2) Merlin (*Quest.*, alla parola *Testamento*, § 17, art. 2, 3 e 4); Toullier (V, 383); Grenier (n 255); Duranton (IX, 79); Poujol (art. 974, n. 3); Vazeille (art. 980, n. 5); Contra, Coin-Delisle (art. 980, (906), n. 25-27).

* Troplong, *Donazioni e test.*, n. 1529-1534.

L'uffiziale ministeriale deve scrivere le disposizioni tali quali il testatore le ha pronunziate: tanto esige il nostro articolo in termini che non potrebbero essere più formali. Ma come conciliare quest'obbligazione con la legge (12) la qual vuole che gli atti pubblici sieno stesi in lingua francese, quando il testatore parla un altro idioma è egli possibile a un notaio, che dee stendere in francese il suo atto, di scrivere il testamento tal quale gli vien dettato, allorchè il testatore non parli per esempio che l'italiano o il provenzale.

altro testo fulminano alcuna pena per il caso in cui i notari ricevessero un atto in lingua straniera, quindi non vi sarebbe a temere della validità del testamento che il notaro non avesse scritto in francese. Ma non mancherebbe meno al suo dovere il notaro che agisse in tal guisa; e solo si può conciliare questo dovere coi dettami rigorosi del Codice civile intorno ai testamenti seguendo il modo indicato dall'ordinanza di pratile e di cui abbiam discorso, scrivendo e nella lingua francese e nella straniera.

III. — 24. Compilato l'atto dal notaro, secondo è stato dettato dal testatore, deve darsene lettura al testatore alla presenza dei testimoni, affinchè sia certo per tutti essersi fedelmente riprodotto il pensiero del disponente, e che questi possa far mutare, se v'è bisogno, le espressioni che non bèn manifesterebbero la sua idea.

La legge non dice da chi debba essere fatta la lettura del testamento; punto invero poco importante; essendo naturale che fosse lo stesso notaro; ma ciò non è necessario, e se il testatore fosse alquanto sordo, o il notaro avesse la voce molto debole, la lettura potrebbe farsi da un aiutante di costui, o da uno dei testimoni. Se poi il testatore fosse talmente sordo da non poter sentire che difficilmente, potrebbe egli stesso leggere il testamento purchè lo facesse a voce alta e in modo da sentirlo i testimonî; perchè dar l'atto a leggere ad una persona val lo stesso che dargliene lettura.

Bisogna badare che la lettura sia fatta alla presenza dei testimonî; volendosi dalla legge che i testimonî potessero attestare non solo di aver avuto lettura dell'atto, e di avere esso riprodotto ciò che dettava il testatore, ma pure che il testatore ne abbia avuto lettura alla loro presenza, e riconosciuto la esatta espressione delle sue volontà. Se dunque più testimonî o anche un solo si allontanasse per un momento nel punto della lettura, non potrebbe farsi nella loro assenza salvo a fargliene poi una speciale lettura, ma bisogna si attenda il loro ritorno affinchè la lettura fosse fatta come vuole la legge alla presenza di tutti i testimonî.

IV. — 25. L'ultima formalità richiesta dal nostro articolo è la menzione che tutte le altre si sono compite. Il bisogno di questa menzione serve anche a garentire lo adempimento di tutto l'articolo, mettendo il notaro infra due, o di adempire realmente le varie formalità, ovvero di commettere il reato di falsità, attestando bugiardamente che elle sieno state compite.

Questa è l'ultima formalità; secondaria, destinata a far conoscere e provocare l'adempimento delle altre principali; ma essendo una formalità, il trascurarla trarrebbe la nullità secondo l'art. 1001 (927), onde sebbene si fossero realmente adempite tutte le principali formalità, l'atto sarebbe nullo se il notaro avesse dimenticato di *menzionarne* una.

26. Il nostro articolo vuole una *menzione espressa*, ma ciò è pleonasmo, perchè l'aggettivo *espressa* nulla aggiunge alla parola *menzione*. Infatti *espressa* significa *espressa*, ma una menzione è sempre e necessariamente espressa perchè menzionare vale appunto *esprimere*, la menzione è la stessa espressione e il nostro articolo dice di volere una *menzione menzionata* ovvero una espressione espressa. Da ciò conseguita che alle parole menzione espressa non si può

Questa quistione mosse fin dalla origine delle difficoltà. Ma la Corte di cassazione ha fissata la giurisprudenza in un modo invariabile col suo arresto del 4 maggio 1807, decidendo che l'art. 972 (897) non osta perchè il notaio stenda in francese un testamento dettato in una lingua straniera da un testatore il quale ignori il francese, e che deve aggiustarsi fede a questo testamento. L'importante è che la volontà del testatore sia scrupolosamente riprodotta, se non nelle parole, almeno in tutto ciò che ha di essenziale; soltanto è mestieri che il notaio faccia conoscere di aver dato al testatore l'interpretazione della sua redazione nella lingua parlata da quest'ultimo.

Se il testatore ed i testimonî non intendano il francese, la lettura dovrà esser data dal notaio nell'idioma che loro sia familiare. Il notaro deve allora fare una traduzione la più esatta che sia possibile di ciò che ha scritto, e studiarsi di rendere tutta la forza del pensiero del disponente. Con la sua traduzione e con la sua interpetrazione si stabilisce una comunicazione legale tra coloro che parlano differenti lingue; i notai, uffiziali pubblici che han prestato giuramento, sono gl'interpreti naturali ed uffiziali di questi atti quando le parti non han l'uso della lingua francese.

dare altro senso che di *menzione reale prova certa*. Così non si può chiedere che le menzioni sieno in termini precisi e speciali per ogni formalità, nè massime che sieno rigorosamente fatte negli stessi termini del nostro articolo; potendosi ammettere equivalenti, e che la menzione di più formalità sia in una sola espressione; e bisogna che risulti dalla semplice lettura dell'atto che le varie formalità sieno state adempite per modo che non possa negarsi che una sola non siesi compita senza dare una mentita all'atto.

Questo mezzo di esame è semplicissimo. Se non si può negare di essersi adempita alcuna delle formalità senza dare una mentita all'atto, questo fa menzione che siensi tutte adempite, e quindi il testamento è valido. Se al contrario si può negare di essersi adempita una sola formalità senza far mentire il notaro, questi dunque non ha fatto tutte le menzioni volute, e quindi è nullo il testamento. In questo senso bisogna si intenda la regola della *menzione espressa* che altro non può significare che una menzione positiva, e da non lasciare alcun dubbio.

Con ragione adunque, che che ne abbiano detto Vazeille (n. 10, 12) e Coin-Delisle (n. 42), si son dichiarati nulli quei testamenti nei quali il notaro aveva detto di aver *compilato* le volontà dettate dal testatore, avvegnacchè non risultasse certo e indubitabile che il notaio stesso li avesse scritto. In fatti, se si fosse provato che il notaro avesse fatto scrivere al suo aiutante, e si fosse quindi accusato di falso, egli avrebbe risposto essere una cosa il compilare (che consiste nello scegliere le parole ed ordinare le frasi), ed altro il lavoro puramente materiale di metter le parole sulla carta; e se il suo aiutante aveva scritto, egli, il notaro, aveva compilato le volontà manifestate dal testatore. Dunque non essendosi fatta menzione che il notaro avesse *scritto* il testamento, si doveva dichiarare la nullità (1).

27. Dovevasi parimente dichiarar nullo il testamento in cui erasi detto soltanto che il notaro aveva letto le disposizioni alla *testatrice* ed ai *testimoni*, sebbene si aggiungesse di avere ella dichiarato *alla loro presenza* che quelle disposizioni contenessero la espressione della sua volontà, e quantunque *tutti i testimoni, non che la comparente avessero sottoscritto dopo una seconda lettura ad essi fatta* (cassazione 6 maggio 1812). In fatti non era certo che l'atto fosse stato letto alla testatrice *alla presenza* dei testimoni. Si diceva esserlo stato alla testatrice *ed* ai testimoni, ma avrebbe potuto esser letto all'una prima, e agli altri dopo; si diceva che la testatrice avea riconosciuto la esattezza delle sue disposizioni *alla presenza dei testimoni*; ma avrebbe potuto fare tal dichiarazione alla loro presenza, sebbene l'atto fosse stato letto a lei sola, e senza la presenza di quelli; si diceva in fine che questi testimoni, come pure la comparente, aveano sottoscritto dopo una seconda lettura *ad essi fatta*; ma tali parole *ad essi fatta* non si riferivano necessariamente ai testimoni e alla comparente, potendo solo riferirsi agli uni che formavano il soggetto della frase. Così l'atto provava essersi fatta almeno una lettura alla testatrice, e due ai testimoni, ma non provava essersene fatta una sola ad un tempo agli uni e all'altra; questo non era raccertato con la menzione che la legge chiama espressa, cioè tale da non lasciare il menomo dubbio. Conseguentemente la Corte suprema doveva cassare come ha fatto la decisione che aveva mantenuto il testamento.

— (898).*

(1) Torino, 22 febbr. 1806; Besanzone, 27 nov. 1806; Rig., 27 marzo 1807; Rig., 4 febb. 1808; Colmar, 11 febb. 1815, ec.

* Nelle nostre leggi civili è stato aggiunto l'articolo 898: « I testamenti per atto pubblico, oltre alle indicate solennità loro proprie, dovranno contenere le altre solennità comuni a tutti gli altri atti autentici, richieste dalle leggi sul regolamento notariale ».

Così è stato reso obbligatorio il rimando alla legge dei 23 nov. 1819.

Le formalità richieste dalla legge sul notariato, ed applicabili, sotto pena di nullità, ai testamenti, sono le seguenti:

973 (899 M). — Questo testamento deve essere sottoscritto dal testatore; se egli dichiara di non sapere o di non potere scrivere, si farà nell'atto espressa menzione della sua dichiarazione, non che della causa che lo impedisce di sottoscrivere.*

SOMMARIO

I. Quando il testatore può firmare, è indispensabile la sua firma. Ma la legge non chiede menzione della firma: dissenso con gli scrittori e la giurisprudenza.

II. Quando il testatore non può firmare, bisogna che lo dichiari, e il notaro faccia menzione della dichiarazione di lui e della causa che ne lo impedisce; sviluppo e controversia.

I.—28. Questo articolo si occupa della firma del testatore. Esso vuole 1. che sia apposta la firma se è possibile; 2. dove non fosse possibile, che il notaro menzioni la dichiarazione che deve allora fargli il testatore, della sua impotenza ed anche la causa di essa.

E dapprima, quando il testatore lo può, l'atto deve necessariamente essere da lui firmato; e vi sarebbe nullità, art. 1001 (927), se non si fosse apposta la firma per qualsiasi causa. Così quando pure, per modo di esempio, il testatore fosse morto dopo avere scritto già la prima lettera del suo nome, l'atto sarebbe nullo, essendo perfetto per l'apposizione della firma; e colui che muore innanzi di aver firmato, ha potuto morire con la *intenzione* di testare, ma senza metterla in atto, anzi sebbene il testatore avesse dichiarato positivamente di non saper firmare, e tal dichiarazione fosse stata menzionata, il testamento sarebbe sempre nullo se fosse provato che il testatore sapesse firmare e che era falsa la sua dichiarazione, perchè la firma quando si può fare è una delle formalità indispensabili, ed altronde questo indiretto rifiuto di firmare porge per lo meno dubbî se sieno state libere le manifestate volontà; allora può presumersi una suggestione a cui siesi voluto sottrarre non firmando (1). Sarebbe diversamente se il testatore che un tempo fir-

1° Il testamento debb' esser ricevuto dal notaio competente. — Bisogna che il notaio riceva il testamento in un luogo qualunque della sola provincia nella quale risiede col suo studio.
Art. 26 detta legge.

2° Il notaio dev' esprimere la sua qualificazione di notaio. — Art. 14 e 26 detta legge, e num. 3 del decreto del 12 settembre 1828.

3° Il notaio non dee avere interesse nè per sè, nè pe' suoi congiunti o affini in linea retta, o collaterali fino al 3° grado inclusivamente. — Art. 8, 26 detta legge, e num. 3 del medesimo decreto.

4° Il testamento nel datarsi deve portare la indicazione dell'ora della celebrazione. — Art. 17, 26 e 27 detta legge.

5° La indicazione della provincia, del comune e della casa dov' è stato dettato. — Art. 13 detta legge.

6° La dichiarazione della conoscenza del testatore. Se il notaio non conosca il testatore, e non gli basti l'assicurazione dei testimoni, può, come negli atti autentici in generale chiedere l'intervento di altre due persone a lui note e di sua fiducia. — V. gli art. 21 e 26 detta legge, e num. 3 dello stesso decreto.

— Per la validità del testamento vale una sola lettura e non già che debbe contenere una lettura come testamento, ed un'altra lettura come atto autentico. Corte suprema di Napoli, 17 giugno 1828.

* Nel corrispondente articolo delle nostre leggi civili è stato detto:

« Questo testamento debbe essere sottoscritto dal testatore e firmato in ogni foglio, ec. »

— Rescritto 4 agosto 1847. Dichiara che la menzione della dichiarazione delle parti di non sapere o non poter firmare richiesta dall'art. 15 della L. dei 23 nov. 1819 debba precedere e far parte della formola della lettura e pubblicazione.

Massime della Corte suprema di Napoli.

— Non è nullo un testamento nella cui lettura non si faccia particolare menzione di una giunta dettata dal testatore. 20 gennaro 1824.

— È nullo un testamento per atto pubblico, in cui il notaro avesse espresso soltanto di avere il testatore dichiarato di non potere scrivere, senza indicarne la causa, ancorchè contro il regolamento si dicesse di avere il testatore giurato. 30 giugno 1825.

— Il notaio che faccia menzione della dichiarazione del testatore di non potere sottoscrivere per la gravezza del male, ha adempiuto al precetto della legge, e non è necessario che specifichi il male che gl'impedisca a sottoscrivere, e farne menzione, 16 settembre 1826.

— La semplice assertiva del notaio stipulatore di un testamento di non aver potuto la testatrice firmarlo, non adempie al voto della legge che vuole la dichiarazione della testatrice a pena di nullità. Corte suprema di Napoli, 12 dicembre 1846.

(1) Grenoble, 25 giugno 1810; Treviso, 18 nov. 1812; Limoges, 26 nov. 1823.

mava or bene or male, ne avesse perduto l'uso; essendo allora sincera la sua dichiarazione di non sapere o non potere (1).

29. Bisogna dunque che il testatore che può firmare, firmi; ma deve il notaro far menzione della sua firma? Gli scrittori e la giurisprudenza rispondono di sì; ma tuttocchè diciamo di doversi nella *pratica* seguir questa idea fino ad altre disposizioni (perchè altrimenti si esporrebbe il testamento a una dichiarazione quasi certa di nullità) opiniamo come Coin-Delisle (n. 4, *nota*) che tal dottrina sia erronea.*

Onde stabilire il bisogno della menzione, si dice che essa se non è richiesta dal nostro articolo, lo è dall'art. 14 della legge di ventoso, e a pena di nullità secondo l'articolo 68 di quella legge. In fatti, si soggiunge, l'art. 14 vuole la menzione che le parti abbiano firmato in tutti gli atti pubblici, e il testamento pubblico che non è stato dispensato di tal formalità, è quindi soggetto alla regola generale. Tal ragionare non ci sembra esatto: qualunque legge speciale deroga alla generale (senza che ciò si spieghi) su tutti i punti da essa regolati lasciando solo soggetti alla legge generale i casi da essa taciuti. Così l'art. 980 (906) vuole che i testimonî del testamento sieno maschi, maggiori, sudditi dello Stato, e godenti dei dritti civili, mentre la legge del notariato (art. 9) voleva che fossero cittadini; tutti sanno non essere necessaria quest' ultima qualità per essere testimone in un testamento. Dunque i nostri articoli speciali pei testamenti notarili derogano alle regole generali della legge del notariato pei casi preveduti; ma il Codice invece di lasciar soggetta a questa regola la firma del testatore ha voluto occuparsene nel nostro articolo 973 (799) prevedendo le due possibili ipotesi: 1° di un testatore che può firmare, e 2° di uno che non lo può; è da notare che tanto sulla prima che sulla seconda si danno regole diverse da quelle di ventoso anno XI (2). Dunque bisogna attenerci all'art. 973 (899), non potendosi intorno a ciò invocare l'articolo del notariato.

Il nostro legislatore adunque non ha stimato utile la menzione della firma quando essa sia realmente apposta, il che appare tanto più certo, perchè così facevasi nello antico dritto. Non mai la menzione della firma nei testamenti è stata richiesta a pena di nullità; l'articolo 23 della ordinanza del 1735 voleva come il nostro la firma del testatore, ma non già la menzione di tal firma.

30. Merlin intanto ha sostenuto il contrario (Repertorio alla parola *Firma*, paragrafo 3°, art. 3); scrivendo che l'ordinanza del 1735 voleva la menzione a pena di nullità non esplicitamente, ma virtualmente per la sua relazione con l'art. 165 dell'ordinanza di Blois che la voleva, egli dice, come oggi la legge di ventoso per tutti gli atti pubblici. Due risposte a ciò. Primieramente, quando pur fosse certo che le ordinanze di Blois e di Orléans nelle regole generali intorno agli atti notarili, avessero voluto la menzione della firma a pena di nullità, ciò nulla proverebbe in prò della dottrina da noi combattuta, nè darebbe alcun sostegno al sistema di Merlin; perchè l'ordinanza del 1735, sarebbe stata rispetto a quella di Blois nella medesima condizione che il nostro articolo 973 (899) rispetto alla legge di ventoso. Avrebbe dovuto dirsi per l'or-

(1) Caen, 5 marzo 1829; Rig., 5 marzo 1831, Montpellier, 27 luglio 1834.

* Troplong, *Donazioni e testamenti*, n. 1581.

Il notaio deve inoltre far menzione che il testatore ha firmato. Questa formalità è richiesta, sotto pena di nullità dall' art. 14 della legge del 25 ventoso che porta: « Gli atti saran firmati dalle parti, da' testimonî e dai notai, che debbono farne menzione alla fine dell' atto » e dall' art. 68 che pronunzia la pena di nullità.

La Corte di Torino, facendo applicazione di questo articolo, decise con arresto dell'11 nov. 1811, che una menzione così concepita : « Fatto e letto al detto testatore a voce alta ed intelligibile, in presenza dei suddetti e sottoscritti testimonî » non contenga la menzione della firma del testatore. Ed infatti la parola sottoscritti non si riferisce che ai testimonî, e niuna induzione grammaticale può estenderla al testatore.

(2) Per il primo caso l'art. 14 di ventoso anno XI vuole la menzione della firma non voluta dal nostro art. 973 (799); per il secondo l'art. 14 della legge di ventoso vuole soltanto la menzione della dichiarazione di coloro che non possano scrivere mentre qui il Codice chiede inoltre che si indichi la causa che ne li abbia impedito.

dinanza del 1735 quel che diciamo oggi per l'art. 973 (899) *specialia generalibus derogant*, e siccome l'articolo 23 di quell'ordinanza anzicchè passare in silenzio la firma del testatore lasciandola soggetta alle regole generali degli atti notarili, regolava espressamente le due ipotesi che poteva presentare tal caso, bisognerebbe dire che l'art. 23 faceva eccezione all'ordinanza di Blois, come il nostro art. 973 (899) la fa alla legge del notariato.

Ma v'è dippiù, l'art. 165 dell'ordinanza di Blois non ha mai voluto la menzione della firma a pena di nullità; chiedendo sotto questa pena la firma, ma non già la menzione di essa; voleva egualmente la menzione della firma, ed anche nel caso in cui le parti e i testimonî non potessero firmare, la menzione di tal circostanza, ma la inosservanza di tali prescrizioni non era a pena di nullità. Ecco l'articolo; « Tutti i notari saranno tenuti far firmare alle parti e ai testimonî se lo sapessero fare, tutti i contratti ed atti di cui faranno menzione tanto nella minuta che nella copia che ne rilasceranno a pena di nullità dei detti contratti: » L' articolo, si noti, non dice che i notari sotto la pena indicata saran tenuti far firmare e *farne menzione*, ma dice che saran tenuti *far firmare*, aggiungendo per incidente *di che faran menzione:* l'articolo significava: « I notari saranno tenuti a pena di nullità far firmare i loro atti e ne faranno menzione per modo che la nullità non cadeva sul difetto della menzione (1). E che questo fosse il pensiero del legislatore è provato dall'essere richiesta la menzione nella medesima frase tanto per la copia che per la minuta; ma la spedizione essendo la copia dell'atto già perfetto che il notaro rilascia, non avrebbe potuto di certo annullarsi un atto, perchè il notaro avesse dimenticato di trascrivere nella copia la menzione fatta nella minuta; se una formalità, richiesta a pena di nullità, sia trascurata solo nella copia, se ne potrebbe estrarre un'altra, ma non può l'atto annullarsi. Di più Ricard spiega in questo senso l' ordinanza, citando altronde una decisione del parlamento di Parigi (8 marzo 1652) che aveva così giudicato, e aggiungendo che chiamato in consulta per questa quistione insieme ad altri cinque celebri avvocati, fu risoluto unanimamente che la nullità si riferisse al difetto della firma, e non già della menzione (*Donazione*, parte 1, n. 1528).

Merlin si è ingannato intorno alla dottrina di Ricard, dei suoi colleghi, del parlamento di Parigi. Egli suppone che l'articolo 165 dell'ordinanza di Blois volesse la menzione delle cause che avessero impedito di firmare, ma non già la menzione della firma, e movendo da ciò egli esclama: « Di sicuro nè Ricard nè i suoi cinque colleghi, nè i magistrati che han pronunziato la decisione riferita non avevano letto l'articolo 165 della ordinanza , perchè esso vuole che si faccia menzione non solo della mancanza della firma, quando l'atto non sia firmato, ma anche della firma nel caso che realmente sia firmato » Ricard, i suoi colleghi e il parlamento di Parigi avevano letto l'art. 165; al contrario Merlin non ha *ben letto* nè compreso Ricard. Senza fallo l'articolo 165 della ordinanza voleva la menzione tanto della firma che del difetto di essa; ma nè Ricard nè i suoi colleghi nè il parlamento di Parigi han ciò mai negato; anzi lo riconoscono positivamente, avendo solamente detto, come pur noi diciamo, che l' articolo non chiedesse questa menzione *a pena di nullità*. Fa meraviglia cotale errore di Merlin e che egli abbia potuto accusare Ricard, i suoi colleghi e il parlamento di Parigi d'aver solennemente deciso una grave quistione senza aver nemmeno *letto* il testo che la faceva nascere.

II.—31. La seconda parte del nostro articolo regola il caso in cui il testatore non potrebbe sottoscrivere, o perchè non sappia o perchè sapendo siane impedito per altra causa. In tal caso vuole il nostro articolo (a pena di nullità giusta l' articolo 1001 (927 M)) che il notaro faccia menzione 1° della dichiarazione del testatore intorno a ciò, 2° della causa che lo impedisca di firmare.

Così da prima deve lo stesso testatore di-

(1) Vedi questa disposizione sotto l'articolo 973 del *Codice Tripier*.

chiarare di non sapere o non potere firmare. Se il notaro dicesse solo *che il testatore non abbia firmato per non sapere, o per la sua grande debolezza*, *o perchè colpito di paralisi*, ec. l'atto sarebbe nullo, poichè il notaro avrebbe attestato egli stesso che il testatore non abbia potuto firmare invece di attestare che il testatore *gli abbia dichiarato* di non potere (Caen, 11 dicembre 1822; cassazione, 15 aprile 1835). E sarebbe pur così, quando pure il notaro innanzi di attestare che il testatore non abbia potuto firmare dicesse che egli lo ha *richiesto* o *interrogato* di firmare (1). Imperocchè dall'avere il notaro richiesto il testatore di firmare, non segue che il testatore gli abbia dichiarato di non potere, il testamento non fa allora menzione della di costui dichiarazione, perchè senza dare una mentita al notaro si potrebbe sostenere di non essergli stata fatta veruna dichiarazione.

32. Il notaro deve oltre a ciò far menzione della causa che abbia impedito il testatore di sottoscrivere. La qual causa è espressa, quando si dice che il testatore *abbia dichiarato non saper firmare*. perchè con ciò ha dichiarato di non poterlo per cagione della sua ignoranza. Sarebbe il medesimo se fosse detto che il testatore abbia *dichiarato di non sapere* SCRIVERE, ec. senza che si debba, secondo noi distinguere se l'atto faccia o pur nò menzione della interrogazione fatta dal notaro al testatore. Una decisione di Douai (9 nov. 1809) e Duranton (IX-95) dicono esservi in tal caso nullità se non sia espressa la interrogazione di *sottoscrivere* perchè allora il senso della parola *scrivere* non è determinato dal ravvicinamento dell'altra *firmare*, potendo alcuno sapere firmare senza saper scrivere. Ma inesatta sembraci tal decisione; perchè infine *sottoscrivere* vale *scrivere* il proprio nome, e chi assolutamente parlando *non sa* scrivere, non sa nemmeno *scrivere il suo nome*, *firmare;* inoltre quando alcuno testando per atto pubblico dichiari non sapere scrivere, intende di necessità non *sapere* scrivere ciò che ha scritto nel testamento, ma egli non deve altro scrivere che la *propria* firma (2). Ma quando il testatore sa firmare e dichiara solo di non *potere*, bisogna pure indicare la causa che ne lo vieta. Del resto, il notaro può indicarne la *causa* senza esprimerci formalmente che gli sia stata dichiarata dal testatore; la *menzione* di una dichiarazione è voluta solo per il fatto che impedisce, non già per la *causa* di tale impedimento; dichiarato questo dal testatore, la legge presume, senza voler che si dica positivamente, che la causa di cui si fa menzione, siasi indicata nella *stessa* dichiarazione.

974 (900).—Il testamento deve essere sottoscritto dai testimoni: tuttavia nelle campagne basterà che sia sottoscritto da uno dei due testimoni, se il testamento è ricevuto da due notari, e che sia sottoscritto da due dei quattro testimoni, se è ricevuto da un notaro solo.

I.—33. Il presente articolo regola ciò che riguarda la firma dei testimoni, come il precedente. Adunque la sola firma dei notari è soggetta pei testamenti alle regole generali stanziate dall'art. 14 della legge di ventoso per la firma dei notari, delle parti e dei testimoni.

Il Codice stabilisce il principio che i due o quattro testimoni debbono sottoscrivere; ma non vuole la menzione di questa firma, nè di quella del testatore: bastando anche qui il fatto senza che sia manifestato. D'altronde, cotesto principio è applicabile in città; nelle campagne, essendo difficile che si riuniscano nello stesso punto tutti i testimoni che sappiano scri-

(1) Merlin (*Rep.* alla parola *Sottoscrizione*, § 3, art. 2, n. 8); Cassaz., 11 piuviale anno VII; Tolosa, 22 aprile 1813; Colmar, 13 nov. 1813; — Contra: Toullier (V 438); Coin-Delisle (n. 6); Limoges, 17 giugno 1808 e 4 dicembre 1821.

(2) Merlin (n. 3); Toullier (l. c.); Vazeille (n. 9); Coin-Delisle (n. 7); Liege, 24 nov. 1806; Bruxelles 13 marzo 1810; Colmar, 22 dicembre 1812; Rigello, 11 luglio 1816.

vere, consente il Codice che si faccia firmare il testamento da una metà dei testimoni, uno sopra due o due, sopra quattro.

Ma che intendesi per campagna? Un comune che non sia città può chiamarsi campagna. A fianco delle grandi città, anche in provincia, vi ha comuni che non hanno titolo di città, e pur sono più ragguardevoli che molti capo-luoghi di dipartimento. Anzi, vi ha semplici villaggi di campagna che offrono una maggiore popolazione e più compatta, maggior commercio e vita, ed istruzione, e quindi maggior facilità a trovar testimoni che sappiano scrivere che quel borgo o quella piccola città. Onde possiamo dire per regola generale, che la firma di tutti i testimoni sarà necessaria quando si è in una città benchè fosse piccola; ma non trovandosi in una città, decideranno i giudici *in fatto* senza distinzione di borghi o di villaggi, se il paese in cui si è fatto l'atto sia realmente una campagna per la sua poca importanza, per la popolazione e la cultura. È questa anche la dottrina delle decisioni (1).

II. — 34. È manifesto che i notari debbano ragionevolmente, quando tutti i testimoni non sottoscrivano, far menzione che questo o quello non abbia sottoscritto e per qual causa; ma noi diremo con Merlin (alla parola *Firma*. § 3, art. 2) e Coin-Delisle (n. 7) che la mancanza della menzione non potrebbe essere qui causa di nullità.

Invano il contrario vien detto da Duranton (IX, 93 e 103) che si fonda sopra l'art. 14 della legge del notariato, perchè da prima questa legge, come vedemmo (articolo 973 (899), n. 1) è qui inapplicabile; ma d'altronde l'art. 14 vuole la menzione della mancanza della sottoscrizione per *la parte*, e non già pei testimoni.

975 (901). — Nei testamenti per atto pubblico, non potranno ammettersi per testimoni nè i legatari, qualunque sia il loro titolo, nè i loro parenti od affini sino al quarto grado inclusivamente, nè i praticanti dei notari dai quali saranno ricevuti.*

SOMMARIO

I. Tre classi di persone colpite di incapacità relativa per far da testimone in un testamento pubblico. Gli affini di un legatario comprendono il suo conjuge.
II. Il sistema del Codice è completo rispetto ai testimoni di un testamento pubblico; non ha bisogno di prender nulla dalla legge di ventoso. Dissenso con Duranton ed altri scrittori.

I. — 35. Il Codice ci farà più innanzi conoscere sotto l'art. 980 (906) le qualità *generali* che si richiedono per poter essere testimoni in un testamento o pubblico o mistico; qui ci indica quelle qualità che rendono alcune determinate persone incapaci a far da testimoni solo nel testamento pubblico di altra determinata persona, cioè ci espone le cause di una relativa incapacità.

Il nostro articolo dichiara incapaci tre classi di persone.

1. I legatari a qualunque titolo lo sieno. Così, sia il legato a titolo particolare o a titolo universale, sia grande o piccolo, puro e semplice o condizionale, quello a cui è fatto non può esser testimone nel testamento pubblico in cui esso è fatto. Ma nel rimuovere qui la legge tutti i legatari ha di mira quelli che realmente lo sono, e non già quelli ai

(1) Douai, 1 giugno 1812; Poitiers, 13 dicembre 1815; Rig., 16 giugno 1817; Poitiers, 19 febbraro 1823; Bordeaux, 7 marzo 1827; Lione, 29 nov. 1828; Rig., 10 marzo 1829; Bordeaux, 29 aprile 1829; Grenoble, 22 marzo 1832; — Devill. e Carette; 1833, 11, 133.

* Il legato di una data somma per celebrazione di messe è un peso dell'erede; laonde non può dirsi nullo se intervengano come testimoni i nipoti del sacerdote nominato. Corte suprema di Napoli, 11 gennaro 1827.

quali per indiretto potrebbe giovare un legato; per modo di esempio, un curato può esser testimone, non ostante che il legato sia fatto alla sua chiesa, e l'abitante di un comune non ostante la liberalità fatta al suo comune: il legatario allora è il comune o la chiesa, e non già l'abitante o il curato (vedi cassazione, 11 sett. 1809).

2. I parenti e gli affini dei legatari fino al quarto grado inclusivamente. — La legge non parla dei *conjugi* dei legatari; ma è forza riconoscere ch'essi sieno colpiti della medesima incapacità; se essendo legataria la tal moglie si allontanano i parenti del marito per essere solo parenti di lui, come si potrebbe ammettere il marito stesso? Bisogna dunque dire che il Codice abbia qui compreso il conjuge sotto la parola generica di affini, sebbene propriamente non gli si dia tal nome. E infatti il coniuge è anche un affine; egli pure contrae l'affinità, ma in un grado più alto dei suoi parenti, la cui affinità puramente fittizia e metafisica è conseguenza della sua reale: appunto perchè il conjuge è più *affine* degli altri, si è distinto da questi con la spiccata qualifica di *conjuge*.

3. In fine gli ajutanti del notaro che riceve l'atto, e dei due notari se l'atto sia ricevuto da due.

II. — 36. Il nostro articolo, come si scorge, combinato con gli articoli 961, 974 e 980 (886, 900 e 906) forma un completo sistema intorno ai testimoni del testamento pubblico; e quindi, siccome abbiamo più volte detto, non possono invocarsi su questo punto le diverse regole della legge del notariato. Le quali più severe sotto alcun rispetto (presentando maggiori cause d'incapacità) e sotto qualche altro più facili (richiedendo un minor numero di testimoni) le quali regole, diciamo, offrono il sistema generale applicabile ai vari atti notarili, ma nel solo Codice si trova quello speciale ai testamenti: *specialia generalibus derogant*.

Così saran capaci di far da testimoni tutti quelli che il nostro articolo non dichiara incapaci; e sebbene il 2° paragrafo dell'articolo 10 della legge di ventoso allontana i parenti affini e servitori delle parti e dei notari, si potrebbero qui ammettere i servitori dei legatari, i parenti, affini e servitori del notaro, i parenti, affini e servitori del testatore (vedi Caen, 4 dicembre 1812.

37. Nondimeno questa dottrina non è ammessa da tutti gli scrittori. Duranton (IX-115) tuttochè ammetta come noi i parenti, affini e servitori del testatore, vuole respingere in forza della legge di ventoso i servitori dei legatari, i parenti affini e servitori del notaro; Grenier (n. 253); Toullier (n. 402) e Dalloz (cap. 6, sezione 4) opinano ugualmente rispetto a quest'ultimi, ma non escludono i servitori dei legatari. Noi non sappiamo renderci ragione di queste idee contraddittorie e incoerenti. Delle due cose l'una; o il nostro articolo 975 (901) deroga alla legge di ventoso, e allora è forza ammettere le sole incapacità da esso indicate, e allontanarsi *per intero* da quella legge di ventoso; ovvero l'articolo non deroga a quella legge, e quindi la deve applicarsi sempre *per intero*. Dunque se si ammettono da testimoni come vuole Duranton i parenti, affini e servitori del testatore, devono pur ammettersi quelli del notaro e i servitori dei legatari; se al contrario si allontanano questi ultimi bisogna anche allontanare i primi per medesimezza di ragione. Come Duranton non ha scorto la strana contraddizione nella quale si gettava; egli allontana i parenti, ecc. del notaro, e i servitori dei legatari, e ammette quelli del testatore; ma perchè dunque ammettere questi ultimi. Forse la legge di ventoso se dessa è applicabile non li respinge pure come gli altri? Nò dice Duranton perchè la legge respinge i parenti, affini e servitori *delle parti*, e il testatore *non deve riguardarsi come* PARTE nel senso della legge (n. 116). Or bene; ma come dunque Duranton può insegnare altrove (numeri 92 e 93) che questa legge si applichi al testatore in quanto voglia (art. 14) che il notaro faccia menzione della firma *delle parti*? Il vero è che il testatore è realmente *parte* nel suo testamento; e i suoi parenti, affini e servitori possono far da testimoni perchè il nostro articolo 975

(901) creando un novello sistema deroga all'art. 10 della legge di ventoso. Ma per la medesima ragione è forza riconoscere che devonsi ammettere i servitori dei legatari (escludendosi dal nostro articolo i loro parenti ed affini) e i parenti ed affini e servitori dei notari (escludendosi dall'art. i loro ajutanti). Contro la dottrina di Duranton si può ben fare questa osservazione: quando si chiede quali persone siano incapaci di far da testimoni in un atto per causa di loro relazione col notaro, due risposte son date dalla legge: 1° pei diversi atti notarili, i suoi *parenti*, *affini*, *ajutanti*, *e servitori* (legge ventoso art. 10, 2 paragrafo); 2° pei testamenti, *i suoi ajutanti* (art. 975 Codice civile (901)). Con queste due risposte sì chiare e distinte, come può seriamente farsi una controversia? Se il legislatore non avesse voluto derogare alla legge di ventoso, per qual ragione avrebbe qui parlato di ajutante, e non parlato che degli ajutanti (1)?

38. Se il nostro articolo deroga alla legge di ventoso per ciò che riguarda la incapacità dei testimoni, nulla deroga alle regole stanziate da quella legge sulla incapacità del notaro o dei notari che ricevono l'atto non essendosi di ciò occupata. Dunque la incapacità sarà la stessa tanto per il testamento che per qualunque altro atto; e quindi il testamento non potrebbe esser ricevuto da un notaro che sarebbe egli stesso legatario, ovvero parente o affine del testatore o d'un legatario, in qualsiasi grado in linea retta e fino al terzo nella linea collaterale. Non potrebbe nemmeno esserlo da due notari parenti o affini fra loro negli stessi gradi (art. 8 e 10, 1 paragrafo).

976 (902). — Quando un testatore vorrà fare un testamento mistico o segreto, dovrà sottoscrivere le sue disposizioni, tanto se sieno state scritte da lui stesso, quanto se le abbia fatte scrivere da altri.

La carta, in cui saranno stese queste disposizioni, o quella, che servirà d'involto, quando vi sia, sarà chiusa e sigillata. Il testatore la presenterà chiusa e sigillata al notaro, ed a sei testimoni almeno; ovvero la farà chiudere e sigillare in loro presenza, e dichiarerà che il contenuto in quella carta è il suo testamento da lui scritto e sottoscritto, o scritto da altri e da esso firmato: il notaro formerà l'atto di soprascrizione, che verrà steso sulla carta medesima, ovvero sul foglio che serve di involto; quest'atto sarà sottoscritto dal testatore, e dal notaro unitamente ai testimoni; tutto ciò sarà fatto nel medesimo contesto, senza deviare ad altri atti; e nel caso in cui il testatore, per un impedimento sopraggiunto dopo aver firmato il testamento, non potesse sottoscrivere l'atto di soprascrizione, si dovrà esprimere la dichiarazione che egli ne farà, senza che sia necessario in questo caso di accrescere il numero dei testimoni.*

(1) Conf., rig., 3 ottobre 1841 (Devill., 41, 1, 865).

* R. 4 febbraro 1828. Per gli atti di soprascrizione de' testamenti mistici debbono osservarsi le medesime regole, che sono in vigore per la formazione degli altri atti notariali.

— Un testamento nullo come mistico non può valere come olografo, ancorchè ne abbia tutti i requisiti. 3 aprile 1823.

La mancanza di menzione della lettura e pubblicazione dell'atto di soprascrizione ne' testamenti mistici, non è a pena di nullità. 23 nov. 1826.

Il testamento mistico può essere scritto di più caratteri.—Basta che sia firmato dal testatore. 11 luglio 1829.

L'art. 902 delle leggi civili parlando del testamento mistico, richiede che sia presentato chiuso e sigillato dal testatore al notaio ed ai testimoni, ovvero che il testatore lo faccia chiudere e sigillare; con ciò la legge non intende dir altro se non che la chiusura del testamento sia assicurata con suggello qualunque, senza che questo suggello debba, a pena di nullità, presentare un'impronta.

— Nell'aprirsi un testamento in forma mistica, non è necessario che il giudice del circondario, cui vien presentato per farne l'apertura, firmi il testamento e l'atto di soprascrizione.—La disposizione dell'art. 902 è pienamente soddisfatta, in quanto alla presentazione del testamento al notaro ed ai testimoni, se l'atto di soprascrizione dimostra che il testamento è stato esibito al notaio in presenza dei testimoni. Se la carta contenente il testamento non è sufficiente a racchiudere l'intero atto di soprascrizione, può il notaio aggiungere un altro fo-

SOMMARIO

I. Osservazioni sul testamento mistico. Se essendo nullo, lo scritto che lo contiene possa valere come testamento olografo: dissenso con Coin-Delisle.

II. Dello scritto che contiene il testamento e della sua chiusura. *La legge vuole la apposizione di un suggello: Dissenso con Vazeille e Coin-Delisle. — Non importa da chi si faccia la chiusura e il sigillamento; inavvertenza di Duranton.*

III. Della presentazione e dell'atto di soprascrizione.—*Quest'atto deve essere scritto sulla carta e chiusa suggellata: dev'esserlo dal notaro stesso; dissenso di Duranton.*

IV. Continuazione.— L' atto deve far menzione della presentazione e della dichiarazione del testatore: dissenso con Coin-Delisle, osservazioni sulla contraddittoria dottrina di Duranton.

V. Continuazione. — L'atto è soggetto agli articoli 8 e 10 della legge di ventoso; dissenso con Merlin e Coin-Delisle.

VI. Continuazione e fine.—Sottoscrizione di tutti i testimoni anche nelle campagne. Un secondo notaro non conterebbe per due testimoni. Impedimento di firmare sopravvenuto al testatore. — Unità di contesto.

I.—39. Siam giunti all'ultimo modo di testare, al testamento mistico di cui si occupano il presente e i tre seguenti articoli.

Il testamento *mistico* cioè occulto, segreto, si compone di due parti distinte: 1° la manifestazione in iscritto delle volontà del testatore, 2° il verbale che raccerti essersi compite le diverse formalità volute dalla legge onde provare l'identità dello scritto, e prevenirne qualunque alterazione o sostituzione di altro; il verbale chiamasi *atto di soprascrizione*. Lo scritto che contiene il testamento è l'opera del testatore; l'atto di soprascrizione che ne fa un testamento mistico, è l'opera comune del testatore, del notaro e dei testimoni.

Lo scritto destinato ad esser sanzionato con la formalità della soprascrizione notarile può essere un solo progetto, o costituire per se solo un testamento. È certamente un progetto quando sia scritto di mano estranea in tutto o in parte, e il disponente vi abbia apposta la sola firma, ovvero quando tutto intero sia scritto di mano del disponente, ma non abbia data (il che non è necessario come più innanzi vedremo). Per l'opposito è un testamento quando è scritto per intero, datato e sottoscritto dal disponente. Nel primo caso l'atto di soprascrizione muta un *progetto in testamento*. nel secondo muta un *testamento olografo* in *mistico*.

40. Queste osservazioni ci menano ad una controversa quistione ed importante. Quando un testamento olografo è stato mutato

glio di carta per compierlo. La legge non prevede le cose impossibili; ed il testamento, in questo caso, è tanto più valido, se il notaio ed i testimoni abbiano sottoscritto l'uno e l'altro foglio. In questo medesimo caso, se il *Fatto, Letto e Pubblicato* segue le prime firme contenute nel primo foglio, ma le parole hanno uno stretto legame con quelle che seguono nell'altro. e tutto resta infine convalidato dalle ultime sottoscrizioni, ciò non induce nullità, tanto più se nel secondo foglio si dichiari che l'intero atto è stato fatto senza deviare ad altri atti. — Non è nullo un testamento mistico se manca l'indicazione dell'ora in cui l'atto è cominciato, e consti che è stato fatto nel medesimo contesto, senza deviare ad altri atti. — L' intervento del settimo testimone è richiesto solo quando il testatore non possa o non voglia sottoscrivere. — Se un testamento si è impugnato per nullità. e subordinatamente anche per falsità. ed il giudizio di falsità penda tuttavia avanti ai giudici del primo grado, la gran Corte civile s' intende che abbia abbastanza motivata la sua decisione sulla falsità se ha considerato che qualunque indagine sulla veracità delle firme appartiene al giudizio di falsità pendente nel primo grado di giurisdizione, e che non può innestarsi al giudizio di nullità. — Non si dà luogo a ricorso contro la parte della decisione concernente la liquidazione delle spese, se il ricorrente non si è opposto a questa liquidazione avanti ai giudici del merito. 10 nov. 1846.

L'art. 902 non esige che il notaio abbia espressamente a redigere l' atto di soprascrizione sulla stessa carta in cui si contiene il testamento, per guisa che, redigendolo sopra altra carta che egli creda adoperare per servir d'involto alla prima, incorra in alcuna nullità. — Ma ritenuto in fatto che la chiusura del testamento lasciava la possibilità di sottrarlo al suo involto, ciò basta alla nullità del testamento medesimo, senza che abbia a sperimentarsi la via del falso. 23 giugno 1853.

in mistico, la nullità che potrebbe cadere sopra l'atto di soprascrizione, lo renderebbe talmente nullo da non lasciarlo rivivere come olografo? Per l'affermativa si dice: mercè l'atto di soprascrizione non v'è che un testamento mistico in guisa che quando esso cade, nulla resta; nulla essendo la firma, nullo è il fondo per *difetto di firma* (1).

Non potremmo seguire questa severa teoria, che ci sembra più sottile che esatta. Che cosa è infatti il testamento mistico? Secondo ciò che sopra abbiamo detto, e secondo i nostri avversari, desso è un tutto composto di due parti ben distinte; e se la seconda parte, l'atto di soprascrizione, è sempre la medesima, la prima ora è un semplice progetto ed ora un vero testamento; il testamento mistico adunque è ora *un progetto* rivestito *della soprascrizione*, ora *un testamento olografo rivestito della stessa soprascrizione*. Dunque in questo ultimo caso, se cade la soprascrizione come irregolare e nulla, resterà un *testamento olografo*, non rivestito della soprascrizione, il quale dovrà produrre il suo effetto, come nell' altro caso rimarrebbe un *semplice progetto* senza alcuna efficacia.

E che farne ora della obbiezione, che cadendo la forma di un testamento, cade con esso lei il fondo, perchè vi è allora nullità non solo della forma, ma del *testamento*? Coteste idee sono esattissime, ma si applicano male. Senza fallo la nullità della forma trae quella del fondo, ma se il fondo riveste insieme due forme, come nella specie nostra, la nullità dell'una non trarrà quella dell'altra. Noi diciamo come Coin-Delisle, che la nullità della *forma* mistica trae quella del *testamento* mistico; aggiungendo che il venir meno della forma mistica e del testamento mistico lascia sussistere un *testamento olografo* che era una parte del primo, ma che ha continuato (senza la soprascrizione) e continua sempre ad essere un testamento completo che ha il suo fondo e *la sua forma speciale*.

E come potrebbe essere diversamente? Quando aggiungete ad un testamento olografo un atto di soprascrizione che non serve a renderlo efficace, come volete che questa seconda parte di vita possa condurci al nulla? Ci dice abbastanza la ragione, che una seconda forma che si aggiunge, ma lascia sussistere la prima, non giova al testamento (perchè esso già aveva la sua piena forza) nè può mai nuocergli. — E in fatti delle due cose l'una; o la soprascrizione si riconoscerà regolare e valida, e il testamento varrà come mistico; ovvero sarà dichiarata nulla e come non avvenuta. Ma se in dritto è come non avvenuta, non potrà quindi produrre alcun effetto giuridico, nè buono nè cattivo: e il testamento olografo che parlando giuridicamente non avrà mai ricevuto atto di soprascrizione, rimarrà quel che dianzi era (2).

41. Del resto, la data del testamento mistico non è quella della scrittura testamentaria, ma l'altra della soprascrizione, poichè mercè della soprascrizione è divenuto un testamento mistico lo scritto (fosse precedentemente un semplice progetto, o fosse già un testamento olografo). Di che conseguita che quand'anche la scritta fosse datata di un tempo in cui il testatore fosse interdetto o civilmente morto, il testamento produrrebbe sempre il suo effetto, se la soprascrizione d'altronde regolare e valida fosse stata fatta in un momento in cui il testatore avesse il pieno esercizio dei suoi dritti. Ma se un testamento olografo datato di un tempo di incapacità, e tramutato poi in mistico, quando il suo autore fosse divenuto capace, ritornasse olografo per la nullità dell'atto di soprascrizione, non ci sarebbe di certo altra data che quella dello stesso scritto, e sarebbe il testamento

(1) Favard (*Rep.*, *Testam.*, sez. 1, § 4); Coin-Delisle (n. 15); Poitiers, 28 maggio 1824.

(2) *Conf.*, Grenier (n. 276 *bis*); Merlin (*Rep.*, alla parola *Testam.*, sez. 2, § 4, art. 4); Delvincourt, Toullier (V-480); Duranton (IX-138); Dalloz (cap. 6, sez. 5); Vazeille (n. 22); Aix, 18 gennaro 1808; Bastia, 14 marzo 1822; Caen, 26 gennaro 1826; Dijon, 28 febbraro 1827; Rig., 23 dicembre 1828.

di un incapace.

Venendo ora alla spiegazione del testo del nostro articolo, ci occuperemo separatamente: 1° della scrittura testamentaria e della sua chiusura; 2° della sua presentazione al notaro e dell'atto di soprascrizione.

II.—42. Le disposizioni che si vogliono rivestire della forma mistica possono scriversi da qualsiasi persona, dal testatore, da un terzo, in parte da uno, in parte da altro; purchè sieno sottoscritte dal testatore. La qual condizione è imposta al testatore che può firmare: chi nol potrebbe per ignoranza, o per altra causa, potrebbe pure fare il testamento mistico; chiamando un testimone di più nell'atto di soprascrizione, siccome vedremo nell'articolo seguente. E lasciandosi dalla legge tutta la latitudine per la scrittura delle disposizioni, potrebbero quindi, ove fosse bisogno, essere stampate; e se volesse fare un testamento mistico alcuno che non sappia leggere la scrittura fatta a mano, ma legga lo stampato, potrebbe fare stampare il suo progetto di testamento da uno stampatore in cui metterebbe la sua fede.

La scritta destinata a ricevere l'atto di soprascrizione non bisogna sia datata; perchè diverrà testamento mistico per l'atto di soprascrizione; tutti in ciò sono di accordo.

43. Il testatore innanzi di presentare le sue disposizioni al notaro ed ai testimoni (o presentandole ad essi) deve chiudere e sigillare, o far chiudere e sigillare da altri o la carta stessa su cui sono scritte piegando la scrittura dentro, e la carta bianca allo infuori), o l'involto in cui sarà stato posto. La carta che contiene le disposizioni, o quella che forma l'involto non deve solo esser chiusa, ma anche sigillata; e conseguentemente è necessario che si apponga un sigillo. Vazeille (n. 4) e Coin-Delisle (n. 28) opinano non essere richiesta la apposizione di un sigillo; dicendo che nella parola *sigillare* vi hanno due sensi, uno più stretto (*marcare di un sigillo, di un'impronta*) ed altro più largo, sinonimo di *chiudere esattamente*, e che non si è obbligati d'intendere la legge nel senso più rigoroso; che si dice bene essere *sigillati* gli oggetti (per modo di esempio, un vaso, una bottiglia) sebbene si sia coverta di cera la chiusura loro ordinaria senza improntarvi alcun sigillo. Ma non potremmo seguire cotesta idea: 1° perchè il significato solo proprio della parola *sigillare* è quello di apporre un sigillo, una impronta; 2° perchè il suo senso proprio è quello del nostro articolo, secondo il quale la carta deve esser prima *chiusa* e poi *sigillata*; 3° infine, perchè se una bottiglia di cui l'ordinaria chiusura consiste nel solo turacciolo può dirsi sigillata, apponendo cera alla chiusura, non è il medesimo della carta chiusa con pane di cera o di colla, essendo questa la ordinaria chiusura, la semplice *chiusura* delle carte, delle lettere, per modo che la carta sarebbe ben chiusa, ma non già *chiusa* e *sigillata** — Che la legge non abbia voluto dal te-

* Troplong, *Donazioni e testamenti*, n. 1627.

« Si comprende pertanto che se sotto l'impero dell'ordinanza la parola *scellé* non dovea prendersi forzosamente nel senso d'un'impronta, non è possibile mostrarsi più rigoroso sotto il Codice Napoleone.

» Si dirà mai che la parola *scellé*, così intesa, non aggiunga nulla alla parola *clos (chiuso)* che la precede e che sia un'inutile ridondanza? Noi lo dicevamo pocanzi: una cosa può esser chiusa senz'essere suggellata. Così una porta, la quale se è semplicemente chiusa potrà aprirsi: ma, suggellata che sia, cioè assicuratane con cera la chiusura, anche senza apporvi impronta di sorta, non potrà più venir aperta senz'alterare il suggello. Altrettanto si dice di una scatola, la quale può esser chiusa senz'essere suggellata. Adunque chiuso e suggellato, *clos* e *scellé* son due espressioni diverse, ancorchè *sceller* suggellare non significhi applicar una impronta, dice sempre assai più che chiudere, *close*.

» Tuttavia s'insiste, e si trova che il marco d'impronta sulla cera sarà una guarentigia di meno pel testamento. Si pretende che sarà possibile, segnatamente facendo liquefar la cera apposta sull'involucro, di penetrar fino al testamento contenutovi, d'impadronirsene, di farvi dei cangiamenti, di rimetterlo e ristabilir poscia una chiusura di cera. Ma se ciò sembra possibile, chi garentirà che non sia lo stesso nel caso in cui v'abbia un'impronta sull'involucro? forsechè la difficoltà di ristabilire l'impronta? Per fermo sarebbe questa una seria difficoltà, se la legge avesse richiesto primamente che si facesse uso d'un particolar suggello con un'impronta determinata, o se l'atto di soprascrizione dovesse contenere una descrizione

statore il suo proprio sigillo, una impronta speciale con le sue lettere o con le sue armi da non potersi confondere con altri o sostituirsi per frode; che non abbia voluto la descrizione del sigillo *ne varietur*, e quindi non abbia prescritto le cautele utili, in tal caso, gli è un punto incontrastabile. Ed è pur vero che la legge richiedendo il sigillamento non occupandosi di garentirne l'effetto che lo protegga, sia incompleto e renda quello poco utile ; ma non è questa ragione perchè ci allontanassimo dai dettami della legge. Noi trattiamo di forma , e le forme (art. 1001 (927)) sono volute a pena di nullità ; è forza dunque scrupolosamente seguirle, e riconoscere che il testamento sarebbe nullo se la carta che lo contiene o che l'involge non fosse *chiusa* e *sigillata* (1).

44. Non importa del resto su che sarà apposto il sigillo; essendo valido tanto sui pani che sulla cera. Non importa nemmeno, come abbiam detto, di qual sigillo si sia fatto uso; purchè la carta *sia chiusa* cioè ben fermata per modo che non possa essere aperta senza infrangersi la chiusura, e *sigillata* cioè contenente la impronta di qualunque sigillo.

Non importa infine quando e da chi la carta sia chiusa e suggellata; nè si comprende che Duranton abbia potuto scrivere (n. 124) che debbasi adempire come seconda formalità « di chiudersi e sigillarsi la carta *dal notaio alla presenza dei testimoni* »; la deve esser certo una inavvertenza del dotto professore. Non importa *quando* sarà fatta l' operazione ; non volendo la legge che il testatore faccia chiudere e sigillare alla presenza del notaro e dei testimoni se non quando egli non presenta la carta chiusa e sigillata prima.

Non importa nemmeno *da chi* l' operazione sarà fatta; perchè l'articolo dice solo, che la carta *sarà chiusa e sigillata* e

della chiusura e della suggellazione. Ma in difetto d'ogni disposizione a tal riguardo, chi impedirà a colui, che sarà stato sì ardito da aprire il testamento mistico, di sostituire all'impronta cancellata o liquefatta un' altra impronta quale che sia, poichè egli non avrà punto da temere il confronto della sua impronta con una descrizione che non sarà stata fatta dall'impronta precedente, e poichè questa d' altra parte non avrà lasciato che fugaci reminiscenze nella mente dei testimoni , supponendo sieno sopravvissuti al testatore ?

» Questo silenzio della legge è una prova di più, ed una prova irrecusabile, che con la parola suggellato non ha essa altrimenti voluto esigere una impronta.

E poi soggiunge:

» L'impressione d'un suggello sullo involucro costituisce sì poco la garenzia domandata dalla legge in questa materia che è possibile che la chiusura fatta con l'aggiunzione d' un suggello e d' un' impronta permetta pure di trar fuori il testamento dal suo involucro , siccome può inferirsi da una specie riportata da Bergier, e giudicata con arresto del parlamento di Parigi del 12 febb. 1779. In questa specie la cera improntata col suggello ordinario della testatrice era stata posta sul foglio esterno che serviva d'involucro con sì poca precauzione , che si sarebbe potuto trar via il testamento, se non fosse stato commesso a questo medesimo involucro con una cera interna. Questa circostanza fu quella che determinò il parlamento a decidere che il testamento era validamente chiuso e suggellato, per la ragione che non aveva potuto esser separato senza effrazione della carta che lo conteneva. Ma supponete che non vi fosse stata cera interna per rendere inseparabile il testamento dall' involucro ; supponete che questo non fosse stato chiuso che con un suggello esterno: è manifesto che nel sistema che stiam confutando, il testamento sarebbe stato chiuso, attesochè sarebbe stato involto , e sarebbe inoltre stato suggellato , poichè la cera avrebbe ricevuta l' impronta d' un suggello. Ma, se ci ha per avventura cosa evidente, gli è che questa chiusura e questa suggellazione non sarebbero punto state rispondenti alle esigenze della legge , e che il testamento non sarebbe altrimenti stato suggellato. Senza dubbio avrebbe portato il suggello (l' impronta) della testatrice ; ma non è già questo che preoccupa il legislatore; egli vuole nella sua saggezza che allora il testamento si consideri come suggellato, quando non si può aprire senza frattura o lacerazione. Ecco perchè sosteniamo non doversi il vocabolo *scellé* intendere come sinonimo di cosa improntata di un suggello; esso ha un significato più generale, ha per iscopo d'assicurare in un modo qualunque l' identità ed il segreto del testamento ; ed ogni qualvolta risulterà dalla riunione delle due condizioni, chiusura e suggellazione, che l'identità ed il segreto del testamento sieno stati mantenuti illesi, non potrà il giudice non riconoscere la validità del testamento; l'unica cosa, della quale converrà ch'egli si preoccupi, è se manchi o no la impronta ».

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Testamento*, sez. 2, § 3, art. 3. n. 14); Toullier (V-463), Delvincourt , Duranton (IX-124); Dalloz (cap. 6, sez. 5. art. 3), Poujol (n. 5); Douai , mantenuta ; Rig., 7 ottobre 1810; Bruxelles, 18 febb. 1818; Grenier , che professava prima l' idea contraria, segue ora questa dottrina (n. 261 *bis*, 3 ediz.).

che *il testatore la presenterà così chiusa e sigillata, o la farà chiudere e sigillare* nel presentarla.

III. — 45. Il testatore dopo che la carta è chiusa e sigillata, o mentre la farà chiudere e sigillare, deve presentarla al notaro e sei testimoni dichiarando loro esser quella il suo testamento ed essere scritto e sottoscritto da lui, ovvero sottoscritto da lui e scritto in tutto o in parte da altri, o da più secondo i casi.

Il notaro stende di sua mano un verbale di cotesta presentazione e dichiarazione del testatore; il qual verbale si chiama *atto di soprascrizione*, essendo *scritto* sulla carta stessa che si è chiusa e sigillata.

Nissuno nega che l' atto di soprascrizione non debba essere scritto sulla carta medesima ch'è stata chiusa e sigillata, e che sarebbe nullo il testamento mistico se quell' atto fosse sopra un foglio separato (1). Ma la contraddizione è intorno a due altri punti: 1° se il verbale debba essere scritto di mano del notaro; 2° se debba raccertare la presentazione e la dichiarazione fatta dal testatore. Stabiliamo dunque questi punti.

46. Duranton insegna (IX-127) che l'atto di soprascrizione possa scriversi da uno aiutante del notaro, come tutti gli atti notarili; allegando 1° che la legge non vuole la menzione della scrittura fatta dal notaro, da che secondo lui si può inferire che la scrittura non debba necessariamente farsi dal notaro; 2° che il nostro articolo vuol solo che l'atto sia *steso* dal notaro potendosi stendere un atto senza scriversi; che tutti gli atti notarili devono essere *stesi* dal notaro secondo la legge di ventoso anno XI, il che non importa che debbano essere scritti da loro.

Non comprendiamo questo primo argomento. Nò, la legge non vuole che il notaro faccia menzione di avere egli scritto l'atto; ma come da ciò può seguire che essa non voglia nemmeno che egli l' abbia realmente scritto? La legge non chiede la menzione del fatto; non chiede dunque il fatto! L'articolo 970 (895) non vuole che il testatore faccia menzione del fatto d'avere scritto il testamento di sua mano; ne inferirà Duranton che non sia nemmeno necessario il fatto? Nè più sodo è il secondo argomento.

Dresser una cosa vale prepararla per intero; stendere un atto non importa solo *compilarlo*, ma metterlo in punto di perfezionarsi con l' apposizione delle firme, importa dunque scriverlo. La legge del notariato, che che ne dica Duranton, non dice in nessun luogo che i notari *stenderanno* i loro atti, nè parla di atti *stesi* dai notari (art. 1, 8, 9, 12, 20, 29); e ci prova che *stendere* importi *scrivere*; dicendo nell'art. 22, che prima di spossessarsi di una minuta (in forza di una sentenza) i notari ne *stenderanno e sottoscriveranno una copia*; or quando si deve fare una copia, non può trattarsi di *compilare* ma di *scrivere*.

Di più il nostro articolo riproduce letteralmente l'articolo 9 dell'ordinanza del 1738, il quale diceva pure che il *notaro stenderà l'atto di soprascrizione*; ora è stato sempre inteso, come attestano Furgole e lo stesso d'Aguesseau, che l'art. 9 obbligava il notaro a scrivere ei medesimo l'atto per modo che sulle opposizioni fatte al senso della legge dai notari dei paesi di dritto scritto, una dichiarazione interpretativa del 6 marzo 1751 spiegò positivamente che essi solo a pena di nullità dovessero scrivere l'atto (2). Con ragione adunque è generalmente rigettato lo avviso di Duranton (3).

IV. — 47. Coin-Delisle (n. 45 a 51) si è fatto a sostenere contro la comune opinione, che l'atto di sottoscrizione non dovesse necessariamente far menzione della presentazione e della dichiarazione fatta dal testatore. — La discordia fra l' autore e

(1) Torino, 5 pluviale anno XIII; Bourges, 10 ottobre 1813; Rig., 6 giugno 1815.

(2) Vedi le annotazioni dell' art. 976 del *Codice Tripier*.

(3) Merlin (*loc. cit.*, § 2, art. 4, n. 5); Grenier (n. 271); Delvincourt, Favard (Testam., sez. 1, § 4), Toullier (V-481); Dalloz, (*loc. cit.*); Poujol (n. 12); Coin-Delisle (n. 35).

tutti gli altri intorno a ciò nasce dalla interpetrazione del pronome *Ne* in quelle parole ***il notaro ne stenderà l' atto di soprascrizione***. La opinione generale fa riferire il pronome *Ne* a tutta la parte precedente della frase, talmente che il senso sarebbe, ***il testatore presenterà*** (il suo testamento)... , *dichiarerà che... e il notaro ne stenderà* (stenderà di ciò con questi elementi) *l'atto di soprascrizione*. Secondo Coin-Delisle, al contrario, il pronome *Ne* si riferirebbe alla parola *testamento* per modo che il senso sarebbe: il *notaro stenderà l'atto di soprascrizione del testamento*. — Si comprendono le diverse conseguenze dei due sistemi. Se l'articolo significa che il notaro stenderà l'atto *mercè gli elementi che sono stati indicati*, sarà bisogno di esprimere che il testatore abbia presentato ai notari e ai testimonî una carta chiusa e sigillata (o che ha fatto chiudere e sigillare alla loro presenza) e dichiarato esser quello il suo testamento sottoscritto da lui, scritto da... Se al contrario l'articolo significa solo che il notaro stenderà *l'atto di soprascrizione del testamento*, non indicando di quali elementi esso dovrà comporsi , il notaro sarà libero di menzionare o trascurare ciò che vorrà, senza che vi possa mai esservi timore di nullità.

Onde respingere la interpetrazione comunemente ammessa , Coin-Delisle dice che se le parole, *il notaro, ec.* significano il *notaro con questi elementi stenderà l'atto di soprascrizione* , vi sarà un errore di lingua francese; perchè le parole atto di soprascrizione presenterebbero allora un senso indefinito (non essendosene ancora parlato) e bisognerebbe farle precedere, non dallo articolo definito *il*, ma dall'aggettivo *un*. Ma primieramente tutti sanno che nel testo delle nostre leggi vanno spesso di simiglianti errori, se non più gravi. Forse questo errore d'altronde non sparirebbe, sottintendendo le parole *del testamento* che dallo spirito sono naturalmente aggiunte e supplite? Vediamo per l'opposto, se il sistema di Coin-Delisle non dia luogo a ben altre e serie obbiezioni. — Dapprima si comprende che questo pronome *ne* anzichè riferirsi alla proposizione che immediatamente lo precede, si riferisca ad un sostantivo che sta *nove linee* sopra? Si comprende allora specialmente, che le parole *testamento mistico* son separate da due frasi che finiscono ognuna con un *punto finale?* Indarno fa osservare Coin-Delisle che la punteggiatura dell'ordinanza era diversa, e presentava solo *due-punti* ove il consiglio di Stato *pensò* apporre punti; perciocchè l'articolo è stato discusso , firmato e decretato nel modo come al *presente* è compilato; ma veniamo ad argomenti che riguardano non le parole e le virgole, ma le cose. Se fosse vero che la legge chiedendo un atto di soprascrizione non voglia questa o quella menzione; se le enunciazioni tutte fossero facultative del notaro, di che dunque si comporrebbe l'atto di soprascrizione? Non sarebbe questa una celia, e il dettame della legge sarebbe questo; vi è rigorosamente ordinato a pena di nullità di stendere un atto che spieghi ciò che vi piacerà spiegare, e in cui vi piacerà di nulla dire?

Confessiamo dunque che il pronome *ne* ha qui il senso di quelle antiche locuzioni, *dont*, *de quoi*, *de tout quoi*, e si riferisce ai fatti che sono stati indicati , e di cui il notaro deve far menzione, onde il notaro dovrà scrivere, a pena di nullità, che il signor *N* gli ha presentato alla presenza di sei testimonî sottoscritti una carta chiusa e suggellata (ovvero una carta ch'è stata chiusa e suggellata alla presenza di essi tutti), dichiarandogli che quella carta contenesse, ec.

Questa è in vero la dottrina degli scrittori e della giurisprudenza (1).

48. Del resto è evidente che le menzioni nulla hanno di sagramentale, e pos-

(1) Merlin (*loc. cit.*, § 3, art. 3, n. 11); Grenier (n. 264) ; Toullier (V-471, 472) ; Delvincourt (II) ; Demante (II, 350); Duranton IX 130); Vazeille (n. 9); decisione della Corte suprema del 7 aprile 1806 ; 8 aprile 1806, 7 agosto 1806; 11 maggio 1811, 28 dicembre 1812 , e numerose decisioni di Corti di appello, specialmente di Bordeaux, 5 maggio 1828; Tolosa, 19 giugno 1830.

sono ben farsi in termini equivalenti a quelli del nostro articolo. Così quando si dice che il testatore *ha rimesso* (in vece di *ha presentato*) che ha rimesso al notaro *alla presenza dei testimoni* (in vece di *e ai testimoni*) che ha dichiarato aver. sottoscritto il suo testamento, *dopo averlo dettato ad un terzo* (in vece di *dopo averlo fatto scrivere da un terzo*) la giurisprudenza con ragione decide esservi una sufficiente menzione.

Questo in fondo è il pensiero che Duranton ha voluto manifestare nelle proposizioni contraddittorie scritte su ciò. Egli comincia dal dire che *il difetto di menzione delle diverse formalità non tragga la nullità*, aggiungendo, *purchè risulti dal contesto dello atto di soprascrizione che sieno state osservate*. Ripete più innanzi che lo articolo 976 (902) *non prescrive queste menzioni;* che senza fallo bisogna sieno esattamente osservate tutte le formalità richieste, *ma la prova d'essersi osservate*, può risultare dal contesto dell'atto di soprascrizione. Ripete poi per la terza volta: « bisogna risultare dall'atto » medesimo che queste formalità sieno state » osservate, nè la prova può esser *cavata* » *d'altra parte*, ma *la menzione* di tali » formalità è una speciale formalità, *che* » *il Codice non prescrive* ». Ma certamente perchè risulti dall' *atto stesso* la prova d'essersi compite cotali formalità, non potendosi trovare *altrove*, è forza che il compimento sia enunziato, espresso; ma in che differiscono la *enunciazione* o la *espressione* e *la menzione?* Certo Duranton ha voluto dire che il Codice non vuole una menzione in termini sagramentali, e neppure una speciale e precisa per ogni formalità, bastando qualunque menzione.

Egli è il vero che non ostante questa spiegazione, il passo di Duranton non può sfuggire interamente all'accusa di contraddizione. In fatti il dotto professore dichiara non appigliarsi alla decisione con la quale la Corte suprema (28 dicembre 1812) pronunziò la nullità di un atto di soprascrizione in cui non fu detto da chi il testamento fosse scritto e sottoscritto. Or non era provato con *l'atto stesso di soprascrizione* di essersi adempite *tutte le formalità volute* dal nostro articolo; *altrove*, fuori dell'atto di soprascrizione avrebbe potuto conoscersi se il testatore avesse fatto la dichiarazione richiesta intorno alla scrittura e alla firma. Dunque secondo i principî dello stesso Duranton, nullo doveva dichiararsi quel testamento, che pure egli trova *valido*.

V. — 49. L'atto di soprascrizione, essendo notarile, è soggetto in generale alle regole stabilite dalla legge del 25 ventoso anno XI; ma non è un atto notarile ordinario, e quindi non sono ad esso applicabili tutte quelle regole. Onde si applicheranno le regole intorno alla competenza dei notari (art. 6); intorno alla enunciazione dei nomi e domicilio del notaro e testimoni, alla indicazione del luogo anno e giorno in cui l'atto si è fatto (articolo 12), alla forma dei rimandi e delle postille (articolo 15); alle aggiunte, interlinee, parole raschiate (articolo 16); ma si dovranno parimente applicare le disposizioni degli articoli 8 e 10? Noi crediamo di sì, ma tal soluzione molto controversa per quanto riguarda il secondo degli articoli, deve d'altra parte presentarsi con una osservazione che ne restringa la estensione.

L'articolo 8 vieta ai notari di ricevere gli atti nei quali i loro parenti e affini sieno parti, o che contengano disposizioni in favore di essi parenti o affini. Ora questo articolo è qui certamente applicato, ma solo all'atto di soprascrizione, essendo esso atto e non il testamento racchiuso, atto notarile. Dunque un notaro non potrebbe stendere un atto di soprascrizione per un testatore che fosse suo parente o affine nei gradi indicati dall'articolo 8, essendo quello parte nell'atto di soprascrizione di uno estraneo quando pure il testamento contenesse disposizioni in vantaggio dei parenti ed affini del notaro o in vantaggio di lui medesimo. Ciò è manifesto, perchè il testamento non è un atto ricevuto dal notaro; l'atto notarile è quello di soprascrizione, il quale non contiene disposizioni in favore di alcuno.

Bisogna fare una osservazione simi-

gliante sull' articolo 10, il quale (§ 2°) vieta che si ammettano come testimoni i parenti, affini, aiutanti o servidori del notaro o delle parti; ma se cotesta regola può qui applicarsi al notaro e al testatore, non lo si può certamente ai legatarj, potendo esser testimoni i parenti o affini di essi legatari, ed anzi essi medesimi. Ciò è chiaro per doppio motivo: 1° essendo il testamento segreto (almeno legalmente) non si può fondare una incapacità *legale* sopra un effetto *legalmente* ignorato. I legatari sono ignoti o legalmente riputati tali, il testatore senza fallo può rinunziare al segreto che la legge gli offre, e far conoscere le sue disposizioni a chi volesse; ma tal conoscenza data non essendo illegale è estralegale, e come non avvenuta in dritto; in dritto non si conoscono i legatari, nè si può quindi parlare della esclusione di essi, nè dei loro parenti, affini o servitori. 2° La legge esclude solo i parenti, affini o servidori di quelli che sieno parte nell'atto ricevuto dal notaro; ma l' atto notarile non è il testamento racchiuso, ma solo l' atto di soprascrizione, nel quale è parte il solo testatore (1).

50. La sola quistione dunque che possa farsi è questa; devono escludersi dal fare da testimoni i parenti, affini ajutanti e servidori del notaro e del testatore? Questo punto lo abbiamo noi risoluto affermativamente, avvertendo di esservi controversia.

Merlin (*loco cit.*, § 3, art. 2, n. 8) e Coin-Delisle, (art. 980 (906), n. 39) insegnano il contrario. Il Codice, essi dicono, creando un sistema speciale pei testimonii testamentari, ha derogato al sistema generale della legge di ventoso; ma questo sistema speciale indica solo le incapacità relative al testamento pubblico (articolo 975 (901)) ma non ne stanzia alcuna per il testamento mistico, di che segue che tutti quelli che riuniscono le qualità generali volute dall'art. 980 (906), potranno far da testimoni in questo ultimo. Non può, aggiungono, esser dubbio di ciò, perchè il relatore del Tribunato, Jaubert, ha spiegato positivamente che « la legge sullo organizzamento del notariato non può qui essere invocata, e gli aiutanti stessi del notaro non sono esclusi dal testamento mistico » Fenet. XII, pag. 604, 605). — È facile la risposta. Avanti il Tribunato Jaubert così parlava, manifestando una idea personale; ma la prova che non può da ciò indursi che tale opinione sia stata adottata nè dal Corpo legislativo, nè dal Tribunato, ciò che potrebbe far pensare diversamente, è che Favard, quello dei tribuni che fu incaricato di portare al Corpo legislativo il voto del Tribunato, è appunto uno scrittore che ha scritto nel nostro senso. Ora gli è vero che il Codice deroga alla legge di ventoso per quanto riguarda i testimoni testamentari, ma solo pei punti di cui tratta, e non per gli altri che passa in silenzio. Or posciachè ha regolato accuratamente le incapacità dei testimoni del testamento pubblico, nulla, assolutamente nulla dice delle incapacità dei testimoni del testamento mistico; conseguentemente queste sono soggette alle regole generali (1).

VI. — 51. Il rimanente del nostro articolo 976 (902) non offre difficoltà. Dapprima l' atto di soprascrizione dev' essere firmato dal testatore, dal notaro e da sei testimoni, non permettendo qui la legge, come nel testamento pubblico che nelle campagne firmi solo la metà dei testimoni. Bisognerà dunque che si trovino sei

(1) Queste medesime ragioni bastano per rispondere ad una quistione intorno a cui due distinti scrittori sono incorsi in errore.

Grenier (n. 268) e Favard (sez. 1, § 4, n. 5), insegnano esservi nullità se il testamento fosse scritto da un individuo che sia legatario, e si trovi poi uno dei testimoni all' atto di soprascrizione.

Errore certo. Ov' è dunque il testo che pronunzia la nullità per tal caso? non si conoscono o si reputa legalmente non conoscersi, nè i legatarî nè quello da cui il testatore abbia potuto fare scrivere; queste cose sono, o si reputano note dopo la morte del testatore, alla apertura del testamento, e quindi non importa che quello che avrebbe scritto le disposizioni, essendo pure legatario, sia poi uno dei testimonii, oppure il notaro che stenda l' atto di soprascrizione. Ciò benissimo dicono Merlin (sez. 2, § 3, art. 8, 20); Toullier (5 467); Delvincourt e Coin-Delisle (art. 980 (906), n. 40).

testimonî che sappiano e possano firmare, *dura lex sed lex*. Non sarebbe nemmeno dispensato il numero, perchè vi sia fra i testimonî un notaro; questi sarà sempre un testimone, non permettendo alcun testo che si generalizzi la regola speciale dell'art. 971 (896), e si dica assolutamente che un notaro valga per due testimonî. La legge piegandosi troppo ciecamente forse alle romane tradizioni, vuole la presenza di sette persone, tanto vero che l'articolo dell'ordinanza invece di chiamare il notaro con sei testimonî, chiamava *sette* testimonî *compresovi il notaro*. — Se fosse poi il testatore che per un impedimento sopraggiunto dopo la firma apposta alle sue disposizioni, non potesse firmar l'atto di soprascrizione, basterebbe la dichiarazione che ne farebbe egli stesso, di cui il notaro dovrebbe far menzione. Si noti non bastare che il notaro manifestasse che il testatore *non abbia potuto firmare* : ei vuole la menzione che il testatore *gli abbia dichiarato* di non poterlo. Ma non è necessario che si menzioni la causa di tale impedimento.

52. Tutte le formalità della presentazione e della compilazione dell'atto di soprascrizione si fanno di seguito in continuità, cioè come la legge stessa lo dice, non devesi interrompere la serie delle formalità per attendere ad altri affari, nè ci devono essere altri intervalli, altri riposi se non quelli richiesti dalla salute delle persone. — Del resto non si vuole affatto la menzione dell'unità del contesto.

977 (903). — Se il testatore non sa scrivere o se non ha potuto fare la propria sottoscrizione quando fece scrivere le sue disposizioni, sarà richiesto per l'atto di soprascrizione un testimonio di più del numero prescritto dall'art. precedente, il quale sottoscriverà l'atto cogli altri testimonî; e si esprimerà il motivo per cui si sarà richiesto questo testimonio.

53. L'ultima parte del precedente articolo ha preveduto il caso in cui un testatore non possa firmare l'atto di soprascrizione dopo aver firmato le sue disposizioni ; bastando la dichiarazione del testatore intorno a ciò, della quale il notaro deve far menzione. Qui suppone la legge che il testatore che non può firmare la soprascrizione, non possa nemmeno le sue disposizioni, e vuole allora che si chiami un settimo testimone che possa firmare come gli altri sei.

Questo testimone deve esser chiamato all'*atto di soprascrizione oltre* gli altri sei, e come questi; quindi non basterebbe che egli venisse soltanto per la fine della operazione, ma deve assistere a tutta insieme la operazione, e deve l'atto raccertare che il tale ha presentato la tal carta, e ha fatto le tali dichiarazioni al notaro e a sette testimonî, l'uno dei quali era stato chiamato perchè il tale non avea potuto firmare la detta carta. D'altronde il nostro articolo vuole che si faccia menzione della causa per cui si è chiamato il settimo testimone, cioè del non potere il testatore firmare; senza chiedere la indicazione della causa di tale impotenza.

978 (904). — Coloro che non sanno o non possono leggere, non potranno fare veruna disposizione in forma di testamento mistico.

54. La persona che presenta una carta al notaro e ai testimonî dicendo che contiene il suo testamento, dev'essere personalmente certa della sua dichiarazione ; bisogna dunque che abbia potuto leggere la carta quando è nel punto di presentarla.

Abbiamo già detto (art. 977 (903), numero II) che una persona che non sappia leggere il carattere scritto e che legga la stampa (il che avviene alle volte con quelli che firmano il loro nome), potrebbe a rigore fare stampare le sue disposizioni. Grenier (n. 458) seguendo Furgole, e Duran-

ton (n. 135) insegnano che bisogna saper leggere il carattere scritto ; ma parlano solo in tesi generale e per esprimere la idea di certo esattissima, che chi legge solo la stampa, sia fra quelli che non sappiano leggere quanto ai testamenti manoscritti. Nissuno scrittore che noi sappiamo si è spiegato intorno ad un testamento stampato; Coin-Delisle (n. 2) dice solo, e con ragione, che se alcuno sappia leggere la scrittura stampata e che altri gli abbia scritto il suo testamento, dando alle lettere la forma di caratteri stampati, non si potrebbe dichiararne la nullità.

Perchè dunque e secondo qual testo si annullerebbe se il terzo invece di imitare caratteri di stampa si fosse servito degli stessi caratteri? Non sarebbe sempre questa una scrittura che il testatore avrebbe potuto leggere? Coin-Delisle in un altro luogo (n. 4) va più in là che noi, presentando una dottrina che deve parer più dubbia, quando ammette esser valido un testamento che un cieco facesse stampare in caratteri spiccati, e che avrebbe potuto leggere col tatto. Noi siamo dalla sua; perchè, sebbene di ordinario si legga con gli occhi, si dice esattamente *che leggere* in generale importa aver conoscenza di ciò che è scritto, con la percezione e intelligenza dei caratteri. Spetterebbe ai giudici in caso di controversia decidere in *fatto* se il cieco per le sue abitudini e il suo grado d'intelligenza e abilità abbia realmente potuto leggere il testamento cioè coglierne il senso.

979 (905). — Nel caso in cui il testatore non possa parlare, ma possa scrivere, potrà fare un testamento mistico, a condizione però che il testamento sia interamente scritto, datato e sottoscritto di sua propria mano e carattere, che egli lo presenti al notaio ed ai testimoni, che in fronte dell'atto di soprascrizione scriva in loro presenza, che la carta che egli presenta è il suo testamento. Il notaro scriverà in seguito l'atto di soprascrizione nel quale esprimerà, che il testatore ha scritto le indicate parole alla presenza del notaro e de'testimoni, e si osserverà nel resto tutto ciò che è prescritto nell'articolo 976.

55. Per fare un testamento mistico non basta che si possano leggere le disposizioni scritte o fatte scrivere, essendo pur necessario che si fosse in istato di far conoscere al notaro e agli altri testimoni che la carta loro presentata sia un testamento. Vi sarebbero tre mezzi di farlo conoscere : la parola , la scrittura e i segni. La legge non ammette mai quest' ultimo mezzo, quand'anche si rivolgesse a un notaro o a testimoni che potrebbero comprenderlo, ma soltanto la scrittura a colui che non può usare la parola. Tutti quelli dunque che non possono parlare per qualsiasi causa, potranno fare un testamento mistico se sappiano scrivere.

Del resto la legge si mostra più severa in questo che nei casi ordinarî , perchè oltre della attestazione (che la persona deve scrivere allora sopra l'atto di soprascrizione) che la carta da lei presentata contenga il suo testamento, attestazione che sta in vece della dichiarazione verbale, la legge chiede tre altre formalità : 1° Potendo il testatore scrivere , la legge vuole che il testamento sia scritto per intero di sua mano; 2° Non bastando l'attestato apposto in capo della soprascrizione di mano del testatore, la legge vuole che il notaro menzioni che quelle parole sieno state scritte dal testatore alla presenza di lui e dei testimoni ; 3° La legge in fine chiede che la carta scritta per intero e sottoscritta dal testatore porti inoltre la data della sua compilazione.

Non si può giustificare quest'ultimo rigore che in vero non ha altra causa che la disaccortezza dei compilatori del Codice. L'ordinanza del 1735 col suo articolo 38 aveva rigorosamente richiesto per tutti gli atti di ultima volontà la data della disposizione, anche nei testamenti mistici che doveano avere e la data della disposizione e quella della soprascrizione; quindi

era naturale che l'articolo 12 volesse anche tal data nel nostro caso speciale, essendo l'applicazione della regola generale. I nostri compilatori che tolsero via questa regola generale e dispensarono il testamento mistico della data del giorno in cui si era compilata la scritta testamentaria, dimenticarono senza dubbio di modificare intorno a ciò l'art. 12, e per inavvertenza lo riprodussero tal quale nel nostro articolo. Che che ne sia, e per quanto possa oggidì esser poco logico tal dettame, il trascurare siffatta formalità menerebbe pure la nullità del testamento, il quale per difetto di data non potrebbe valere nè come mistico, nè come olografo.

980 (906). — I testimonî richiesti ad essere presenti al testamento, devono essere maschi, maggiori di età, dimoranti nel Regno, e che godano dei diritti civili.*

SOMMARIO

I. Quattro qualità costituiscono la capacità assoluta dei testimoni testamentari. Significato delle parole sudditi del Re: *controversia. — La legge di ventoso non è qui applicabile. — Della capacità putativa.*
II. Delle incapacità naturali: cecità, sordità, mutismo, non conoscenza della lingua del testatore.

I. — 56. Questo articolo indica le qualità generali che si richiedono nei testimonî testamentari, e si applica insieme al testamento mistico e al testamento pubblico.

Le prime due qualità volute, quelle cioè di *maschi* e di *maggiori* non potrebbero offrir difficoltà, ma non è così della terza. Le parole *sudditi del re* usate sotto il regno non sono state sempre, come ben s'imagina, nel nostro articolo: quando si compilava il Codice, sotto la Repubblica si era voluto che i testimonî fossero *repubblicoli* (era questa l'espressione sostituita all' antica parola *regnicoli* dell' ordinanza del 1735); sotto l'impero del 1807 alla parola *repubblicoli* furono sostituiti *sudditi dell'Imperatore*, e nel 1816 dettero luogo a *sudditi del Re*.

Delvincourt e Vazeille (n. 11) fondandosi sull'essere le parole *sudditi del Re* poste in vece di *repubblicòli* e *regnicoli*, opinano che significassero semplicemente *abitanti del regno*; d'onde inferiscono che si può esser testimone in un testamento senza essere Francese, ma essendo domiciliato in Francia, purchè si abbia il godimento dei dritti civili, come vuole la fine dell'articolo. Eglino dicono che quando pure si stesse rigorosamente al significato delle parole *sudditi del Re*, che credono poste per inavvertenza, la loro decisione non potrebbe perciò esser rigettata, essendo lo straniero ammesso *per autorizzazione del Re* a stabilire il suo domicilio in Francia fino a un certo punto *suddito del Re*. Una decisione di Torino (10 aprile 1809) ha giudicato in questo senso. — Ma gli è questo un errore. E primieramente, nelle nostre antiche leggi la parola *regnicolo* non significava quello che sembra risultare dalla sua etimologia; era un termine di giurisprudenza che valeva un *abitante* del regno, ma *suddito* del regno, in opposizione a quello di *aubain* o straniero: « Noi chiamiamo *regnicoli*, diceva Domat, i sudditi del Re, e stranieri quelli che lo sono di un altro Stato (*Libro preliminare*, tit. II, sez. 2, n. II). Dunque con ragione e con molta esattezza le parole *regnicoli* e *repubblicoli* erano state sostituiti dalle parole *sudditi dell'Imperadore*, *sudditi del*

* Non è responsabile il notaio della nullità del testamento se abbia adoperato testimonî illegali in un comune non suo, ove gli si dà a credere che quei testimonî non abbian vizî Corte suprema di Napoli. 11 giugno 1827.

Non è obbligato il notaio alla rifazione dei danni verso l'erede scritto, se venga annullato un testamento per essersi in esso adoperato per testimonio uno straniero. Corte suprema di Napoli, 8 novembre 1831.

Re. Ora è manifesto che *sudditi del Re* era sinonimo di *Francesi*; e che gli stranieri quand'anche autorizzati a stabilire in Francia il loro domicilio, non sono perciò sudditi del Governo. È necessario adunque che i testimonî testamentarî sieno Francesi, e questa è la dottrina degli scrittori e delle decisioni (1).

Bisogna in fine che i Francesi chiamati a far da testimonî nei testamenti, abbiano il godimento dei dritti civili. E qui si tratta come in molti altri articoli del Codice (specialmente negli art. 11 e 15 (9 e 16) del godimento nel senso largo della parola, del godimento pieno ed intero, cioè che comprenda pure lo *esercizio* dei dritti. Onde sono incapaci non solo i morti civilmente, ma quelli che sono colpiti d'interdizione giudiziaria o legale (vedi Codice penale, art. 28, 34, 42 (31, 36, 44)).

57. Le condizioni volute pei testimonî testamentarî sono adunque, che sieno Francesi, maschi, maggiori, e che abbiano lo esercizio dei dritti civili. Queste sono le quattro sole condizioni (salvo il caso di incapacità relativa che noi abbiamo spiegato sotto gli articoli 975, 976 (901, 902)); non volendosi qui quelle dell'articolo 9 della legge di ventoso, cioè che i testimonî sieno cittadini, sappiano scrivere, e sieno domiciliati nel circondario. In fatti abbiamo veduto che il Codice per ciò che riguarda i testimonî testamentarî, deroga alla legge di ventoso per tutti i punti che regola; e siccome ci presenta uno articolo speciale per determinare le qualità dei testimonî, così non sono applicabili quelle della legge di ventoso. Onde l'individuo che per naturalizzazione abbia ottenuto la qualità di Francese e non quella di cittadino, potrà esser testimone; parimente colui che non saprebbe firmare nel caso espresso dall'articolo 974 (900); in fine non importerà conoscere ove il Francese fosse domiciliato, dovendo ammettersi quando pure lo fosse fuori della Francia perchè non è meno suddito dello Stato. La dottrina di Toullier (V-367) e di alcune decisioni secondo cui il testimone dovrebbe esser domiciliato nel circondario, è stata dunque con buona ragione rigettata dal più degli scrittori e dalla giurisprudenza (2).

58. Del resto la legge vuole una capacità non putativa, ma reale ed effettiva; nè basterebbe per esser valido il testamento che il testatore avesse creduto che esistessero le volute qualità ne' testimonî che non le avevano. Nondimeno siccome la legge non ha certo voluto sottomettere lo esercizio del dritto di testare a condizioni impossibili, si deve mantenere il testamento quando fosse veramente invincibile l'errore: ciò ha fatto la giurisprudenza (3).

Oltre alle incapacità assolute che risultano dalla mancanza di una delle quattro condizioni volute dal nostro articolo, e delle incapacità relative regolate dall' art. 975 (901) per il testamento pubblico e dalla legge di ventoso (per il testamento mistico) possono esservi pure altre cause d'impedimento che si sono chiamate incapacità naturali, e che sono piuttosto impossibilità fisiche. Noi vogliamo dire delle circostanze che metterebbero un testimone in istato da non poter compire l'officio confidatogli dalla legge.

II.—59. Così dapprima il cieco non può esser mai testimone, non potendo sapere per sè

(1) Merlin (alla parola *Testimoni strumentari*, § 2, n. 3); Toullier e Duvergier (V-395); Favard (alla parola *Testamento*, sez. 1, § 3, art. 2); Duranton (IX, 105); Dalloz (cap. 6, sez. 4, art. 5); Poujol (art. 975 (901), n. 4); Coin Delisle (n. 7) e Grenier (n. 247 *bis*), che avea prima insegnato il contrario nelle sue due prime edizioni; Rennes, 11 ottobre 1809; Rig., 23 gennaro 1811; Colmar, 13 febbr. 1818; Tolosa, 10 marzo 1826; Rig., 23 aprile 1828.

(2) Merlin (*loc. cit.*). Grenier (n. 247); Duranton (IX-112); Coin-Delisle (n. 17 e 19); Bruxelles, 13 dicembre 1808; Limoges, 7 dicembre 1809; Douai, 27 aprile 1812; Caen, 19 ottobre 1812; Parigi, 1, aprile 1814; Rouen, 16 novembre 1818; Bordeaux, 17 marzo 1821; Orléans, 11 ottobre 1823; Bordeaux, 18 ottobre 1323; Rig., 17 ottobre 1824; Rig., 10 marzo 1825; Cassaz., 4 gennaro 1826; Rouen, 13 marzo 1840; Rig., 3 ottobre 1811 (Devill., 41, 1, 865).

(3) Vedi fra le altre decisioni, Limoges, 7 dicembre 1809; Grenoble, 14 ott. 1811; Colmar, 13 giugno 1819; Rig., 28 febbraro 1821; Metz, 28 marzo 1822; Colmar, 17 luglio 1828; Rig., 18 gennaro 1830; Agen e Rig., 31 giugno 1834; Aix, 30 giugno 1828 (Devill., 34, 1, 432, 39, 2, 85).

era naturale che l'articolo 12 volesse anche tal data nel nostro caso speciale, essendo l'applicazione della regola generale. I nostri compilatori che tolsero via questa regola generale e dispensarono il testamento mistico della data del giorno in cui si era compilata la scritta testamentaria, dimenticarono senza dubbio di modificare intorno a ciò l'art. 12, e per inavvertenza lo riprodussero tal quale nel nostro articolo. Che che ne sia, e per quanto possa oggidì esser poco logico tal dettame, il trascurare siffatta formalità menerebbe pure la nullità del testamento, il quale per difetto di data non potrebbe valere nè come mistico, nè come olografo.

980 (906). — I testimonî richiesti ad essere presenti al testamento, devono essere maschi, maggiori di età, dimoranti nel Regno, e che godano dei diritti civili.*

SOMMARIO

I. Quattro qualità costituiscono la capacità assoluta dei testimoni testamentari. Significato delle parole sudditi del Re: *controversia. — La legge di ventoso non è qui applicabile. — Della capacità putativa.*
II. Delle incapacità naturali: cecità, sordità, mutismo, non conoscenza della lingua del testatore.

I. — 56. Questo articolo indica le qualità generali che si richiedono nei testimonî testamentari, e si applica insieme al testamento mistico e al testamento pubblico.

Le prime due qualità volute, quelle cioè di ***maschi*** e di ***maggiori*** non potrebbero offrir difficoltà, ma non è così della terza. Le parole ***sudditi del re*** usate sotto il regno non sono state sempre, come ben s'imagina, nel nostro articolo: quando si compilava il Codice, sotto la Repubblica si era voluto che i testimonî fossero ***repubblicoli*** (era questa l'espressione sostituita all'antica parola ***regnicoli*** dell'ordinanza del 1735); sotto l'impero del 1807 alla parola ***repubblicoli*** furono sostituiti ***sudditi dell'Imperatore***, e nel 1816 dettero luogo a ***sudditi del Re***.

Delvincourt e Vazeille (n. 11) fondandosi sull'essere le parole ***sudditi del Re*** poste in vece di ***repubblicoli*** e ***regnicoli***, opinano che significassero semplicemente ***abitanti del regno***; d'onde inferiscono che si può esser testimone in un testamento senza essere Francese, ma essendo domiciliato in Francia, purchè si abbia il godimento dei dritti civili, come vuole la fine dell'articolo. Eglino dicono che quando pure si stesse rigorosamente al significato delle parole ***sudditi del Re***, che credono poste per inavvertenza, la loro decisione non potrebbe perciò esser rigettata, essendo lo straniero ammesso ***per autorizzazione del Re*** a stabilire il suo domicilio in Francia fino a un certo punto ***suddito del Re***. Una decisione di Torino (10 aprile 1809) ha giudicato in questo senso. — Ma gli è questo un errore. E primieramente, nelle nostre antiche leggi la parola ***regnicolo*** non significava quello che sembra risultare dalla sua etimologia; era un termine di giurisprudenza che valeva un ***abitante*** del regno, ma ***suddito*** del regno, in opposizione a quello di ***aubain*** o straniero: « Noi chiamiamo ***regnicoli***, diceva Domat, i sudditi del Re, e stranieri quelli che lo sono di un altro Stato (***Libro preliminare***, *tit. II*, sez. 2, n. II). Dunque con ragione e con molta esattezza le parole ***regnicoli*** e ***repubblicoli*** erano state sostituiti dalle parole ***sudditi dell'Imperadore***, ***sudditi*** *del*

* Non è responsabile il notaio della nullità del testamento se abbia adoperato testimonî illegali in un comune non suo, ove gli si dà a credere che quei testimonî non abbian vizî. Corte suprema di Napoli, 11 giugno 1827.

Non è obbligato il notaio alla rifazione dei danni verso l'erede scritto, se venga annullato un testamento per essersi in esso adoperato per testimonio uno straniero. Corte suprema di Napoli, 8 novembre 1831.

Re. Ora è manifesto che *sudditi del Re* era sinonimo di *Francesi*; e che gli stranieri quand'anche autorizzati a stabilire in Francia il loro domicilio, non sono perciò sudditi del Governo. È necessario adunque che i testimoni testamentari sieno Francesi, e questa è la dottrina degli scrittori e delle decisioni (1).

Bisogna in fine che i Francesi chiamati a far da testimoni nei testamenti, abbiano il godimento dei dritti civili. E qui si tratta come in molti altri articoli del Codice (specialmente negli art. 11 e 15 (9 e 16) del godimento nel senso largo della parola, del godimento pieno ed intero, cioè che comprenda pure lo *esercizio* dei dritti. Onde sono incapaci non solo i morti civilmente, ma quelli che sono colpiti d'interdizione giudiziaria o legale (vedi Codice penale, art. 28. 34, 42 (31, 36, 44)).

57. Le condizioni volute pei testimoni testamentari sono adunque, che sieno Francesi, maschi, maggiori, e che abbiano lo esercizio dei dritti civili. Queste sono le quattro sole condizioni (salvo il caso di incapacità relativa che noi abbiamo spiegato sotto gli articoli 975, 976 (901, 902)); non volendosi qui quelle dell'articolo 9 della legge di ventoso, cioè che i testimoni sieno cittadini, sappiano scrivere, e sieno domiciliati nel circondario. In fatti abbiamo veduto che il Codice per ciò che riguarda i testimoni testamentari, deroga alla legge di ventoso per tutti i punti che regola; e siccome ci presenta uno articolo speciale per determinare le qualità dei testimoni, così non sono applicabili quelle della legge di ventoso. Onde l'individuo che per naturalizzazione abbia ottenuto la qualità di Francese e non quella di cittadino, potrà esser testimone; parimente colui che non saprebbe firmare nel caso espresso dall'articolo 974 (900); in fine non importerà conoscere ove il Francese fosse domiciliato, dovendo ammettersi quando pure lo fosse fuori della Francia perchè non è meno suddito dello Stato. La dottrina di Toullier (V-367) e di alcune decisioni secondo cui il testimone dovrebbe esser domiciliato nel circondario, è stata dunque con buona ragione rigettata dal più degli scrittori e dalla giurisprudenza (2).

58. Del resto la legge vuole una capacità non putativa, ma reale ed effettiva; nè basterebbe per esser valido il testamento che il testatore avesse creduto che esistessero le volute qualità ne' testimoni che non le avevano. Nondimeno siccome la legge non ha certo voluto sottomettere lo esercizio del dritto di testare a condizioni impossibili, si deve mantenere il testamento quando fosse veramente invincibile l'errore: ciò ha fatto la giurisprudenza (3).

Oltre alle incapacità assolute che risultano dalla mancanza di una delle quattro condizioni volute dal nostro articolo, e delle incapacità relative regolate dall' art. 975 (901) per il testamento pubblico e dalla legge di ventoso (per il testamento mistico) possono esservi pure altre cause d'impedimento che si sono chiamate incapacità naturali, e che sono piuttosto impossibilità fisiche. Noi vogliamo dire delle circostanze che metterebbero un testimone in istato da non poter compire l'officio confidatogli dalla legge.

II.—59. Così dapprima il cieco non può esser mai testimone, non potendo sapere per sè

(1) Merlin (alla parola *Testimoni strumentari*, § 2, n. 3); Toullier e Duvergier (V-395); Favard (alla parola *Testamento*, sez. 1, § 3, art. 2); Duranton (IX, 105); Dalloz (cap. 6, sez. 4. art. 5); Poujol (art. 975 (901), n. 4); Coin Delisle (n. 7) e Grenier (n. 247 *bis*), che avea prima insegnato il contrario nelle sue due prime edizioni; Rennes, 11 ottobre 1809; Rig., 23 gennaro 1811; Colmar, 13 febbr. 1818; Tolosa, 10 marzo 1826; Rig., 23 aprile 1828.

(2) Merlin (*loc. cit.*), Grenier (n. 247); Duranton (IX-112); Coin-Delisle (n. 17 e 19); Bruxelles, 13 dicembre 1808; Limoges, 7 dicembre 1809; Douai, 27 aprile 1812; Caen, 19 ottobre 1812; Parigi, 1, aprile 1814; Rouen, 16 novembre 1818; Bordeaux, 17 marzo 1821; Orléans, 11 ottobre 1823; Bordeaux, 18 ottobre 1323; Rig., 17 ottobre 1824; Rig., 10 marzo 1825; Cassaz., 4 gennaro 1826; Rouen, 13 marzo 1840; Rig., 3 ottobre 1811 (Devill,. 41, 1. 865).

(3) Vedi fra le altre decisioni, Limoges, 7 dicembre 1809; Grenoble, 14 ott. 1811; Colmar, 13 giugno 1819; Rig., 28 febbraro 1821; Metz, 28 marzo 1822; Colmar, 17 luglio 1828; Rig., 18 gennaro 1830; Agen e Rig., 31 giugno 1834; Aix, 30 giugno 1828 (Devill., 34,1, 432, 39, 2, 85).

stesso se il notaro scriva il testamento o la soprascrizione, se tutti i testimoni sieno e rimangano presenti, ecc. — Quegli che è assolutamente sordo non può esser testimone nel testamento pubblico, perchè non intenderebbe nè ciò che detta il testatore nè la lettura che deve farne poi il notaro. Non potrebbe nemmeno esserlo nel testamento mistico ordinario, non intendendo il testatore che dichiara se il suo testamento sia scritto o sottoscritto da lui, o se solamente sottoscritto. Ma potrebbe ammettersi nel testamento mistico di colui che non parla; potendo ben leggere come gli altri testimoni la enunciazione che il testatore fa allora in iscritto di tal circostanza. — Quanto al muto, siccome un testimone nulla deve dire nè per il testamento pubblico, nè per il mistico, non sarebbe incapace, purchè solo fosse in istato di attestare ciò che fosse avvenuto, cioè purchè potesse manifestarsi o con la scrittura o coi segni. — È infine manifesto che non sarebbero validamente testimoni coloro che non comprendessero perfettamente la lingua o il dialetto nel quale si esprima il testatore, tranne che non fosse un testamento mistico, e il testatore che non potrebbe parlare in francese facesse uso dell'art. 979 (905) scrivendo anzichè pronunziare la menzione voluta dalla legge (dopo avere scritto da se stesso, datato e sottoscritto le sue disposizioni secondo vuole l'art. 979 (905)): in questo caso che il testatore non deve parlare, non monta che i testimoni non comprendano la sua lingua, bastando che potessero attestare che egli abbia scritto ciò che precede l'atto di soprascrizione e che lo abbia sottoscritto.

SEZIONE II.

DELLE REGOLE PARTICOLARI SULLA FORMA DI ALCUNI TESTAMENTI.

60. Le regole speciali qui annunziate riguardano quattro casi per cui la legge si allontana dalle forme rigorose stanziate nella precedente sezione. I quattro casi sono i seguenti: 1° il testamento militare; 2° quello fatto in un luogo con cui per effetto di un contagio si sieno rotte le comunicazioni; 3° quello fatto sul mare; 4° il testamento infine fatto da un Francese in paese straniero.

La sezione si occupa del testamento militare negli articoli 981-984 (907-910); del testamento fatto durante un contagio negli articoli 985-987 (911-913); di quello fatto sul mare negli articoli 988-997 (914-923); nell'articolo 999 (914) dà una regola comune ai tre casi; tratta poi del testamento fatto in paese straniero negli articoli 998-1000 (924-926); stanziando in fine nell'art. 1001 (927) una disposizione applicabile a tutti i casi previsti dalle due sezioni, e che dichiara che tutte le formalità generali o particolari volute dal Codice pei testamenti lo sieno tutti a pena di nullità.

Dall'art. 1001 (927) ben si scorge non essere la rubrica della presente sezione più esatta, che quella della precedente. La nostra sezione che ci annunzia solo *particolari regole*, ne contiene pure una generalissima; come la sezione prima, non ostante il suo titolo di *regole generali*, offre molte disposizioni particolari ad alcune specie di testamenti. Questo difetto di metodo mena qualche difficoltà; ed è controverso quali sieno quelle regole della prima sezione che debbono aversi per *generali*, e quindi applicarsi ai casi *preveduti* dalla sezione che noi spiegheremo. Esamineremo cotal quistione sotto l'articolo 998 (924).

981 (907). — I testamenti de' militari e delle persone impiegate presso le armate, potranno, in qualunque siasi paese, essere ricevuti da un capo di battaglione o di squadrone, o da qualche altro officiale di grado superiore, in presenza di

due testimoni, o da due commissari di guerra, o da un solo di essi in presenza di due testimoni.*

61. Il testamento militare è permesso solo a quelli che sono soldati o attaccati all'armata per incarico del Governo, purchè si trovino nelle circostanze che ci saranno indicate nell'art. 983 (909). Quelli che seguiranno l'armata senza un pubblico incarico, non possono allegare il nostro articolo, non essendo legalmente impiegati dell'armata.

Il testamento militare può essere ricevuto: 1° da un capo di battaglione o di uno squadrone, o altro qualunque ufiziale superiore assistito da due testimoni; 2° da un intendente o sottintendente militare (che dal 29 luglio 1817 è in luogo dei commissari di guerra) assistito parimente da due testimoni; 3° da due intendenti o sottintendenti militari senza assistenza di testimoni.—Parrebbe naturale l'accordare agli ufficiali superiori, come agli intendenti e sottintendenti il dritto di procedere senza testimoni, quando agiscano due insieme. Ma il nostro articolo non lo dice, e quindi cotesti due ufficiali non avrebbero tal potere; il secondo potrebbe solo far da testimone, e se ne deve aggiungere un altro perchè potesse riceversi il testamento. Ma d'altra parte la competenza degli ufficiali e degli intendenti non è qui relativa, come nell'articolo 89 (94) per le funzioni di ufficiale di stato civile; ma assoluta per tutti i membri della armata, e gl'intendenti o sottintendenti possono ricevere il testamento dei soldati, come gli ufficiali quello degli impiegati.

982 (908).—Potranno ancora, se il testatore è ammalato o ferito, essere ricevuti dall'ufficiale in capo di sanità, assistito dal comandante militare incaricato della polizia dello spedale.

62. Negli ospizi, per quanto sien poco grandi e sia pure una ambulanza di lieve momento, il testamento può esser ricevuto non solo dai funzionari indicati nel precedente articolo, ma anche dall'ufficiale di sanità capo dell'ospizio, assistito dall'ufficiale militare incaricato del comando. Non importa quali sieno i gradi degli ufficiali di sanità e militari; fosse anche il primo un aiutante maggiore, e l'altro un luogotenente, potranno ricevere il testamento senza assistenza di testimoni, essendo preposti l'uno al servigio di sanità, e l'altro al comando. Ma dovranno procedere insieme, e l'uno di essi non potrebbe stender l'atto senza il concorso dell'altro, anche alla presenza dei testimoni. Del resto, perchè competenti fossero i due ufficiali sarebbe bisogno che un ammalato o ferito dovesse fare il suo testamento.

983 (909). — Le disposizioni de' sopraddetti articoli non avranno luogo che in favore di coloro che saranno in ispedizione militare od acquartierati, o in guarnigione fuori del territorio del Regno, o prigionieri presso l'inimico; non potranno però approfittarne coloro che sono acquartierati o in guarnigione nell'interno del Regno, eccettuato il caso che si trovino in una piazza assediata, od in una cittadella o altro luogo, le cui porte sieno chiuse, ed interrotte le comunicazioni a cagione della guerra.

63. Questo articolo è troppo chiaro, e non ha bisogno di svolgimento. Diciamo

* Nell'articolo 907 delle leggi civili sta detto: « I testamenti de' militari e delle persone impiegate presso l'armata potranno in qualunque paese essere ricevuti dal Maggiore o da qualunque altro uffiziale di grado superiore in presenza di due testimoni, o da due commissari ordinatori, o da un solo di essi in presenza di due testimoni.

solo che il dritto di testare militarmente non potrebbe secondo noi appartenere al militare che è stato licenziato, nè all' impiegato che è stato dimesso o destituito. Coin-Delisle opina che il militare che ha avuto la sua licenza diffinitiva debba sempre godere dei beneficî attaccati alla sua qualità, durante il suo soggiorno fuori il territorio francese; ma non potremmo essere della sua. Siamo qui in una materia di puro dritto civile, e le disposizioni della quale non possono nè estendersi o restringersi oltre alle regole positive del Codice; or l'articolo 681 (602) parla del testamento dei militari, e quello che è stato licenziato non lo è più.

Ma non sarebbe lo stesso, che che se dica Delvincourt (fondandosi sopra una legge romana non applicabile da noi), dello ufficiale superiore a cui si sarebbe tolto il comando, essendo già arrivato il successore. In Roma i capi delle truppe non erano più militari appena richiamati, in Francia al contrario l'ufficiale resta sempre tale, conservando il suo grado, quando gli si toglie il comando di cui era incaricato. Ora essendo sempre ufficiale e militare può quindi testare militarmente, fino che sta colle truppe fuori del territorio, o in luogo di esso, con cui per effetto della guerra sieno rotte le comunicazioni.

984 (910). — Il testamento fatto secondo la forma sopra stabilita, sarà nullo sei mesi dopo il ritorno del testatore in un luogo ove possa fare testamento colle forme ordinarie.

64. — Dal ravvicinamento dei tre articoli 984, 987 e 996 (910, 913 e 922) ben si scorge che i tre testamenti privilegiati di cui parliamo perdono la loro efficacia dopo un termine (ora di sei mesi, ora di tre) da quando il loro autore abbia 1° ha perduto il dritto di testare per eccezione; 2° o ha potuto testare in una delle forme ordinarie. È questo il principio espresso dal nostro articolo di un modo incompleto, parlando solo di un testatore che ritorni in un luogo ove può usare le forme ordinarie; ma non era necessario parlare solo del testatore *che esca dal luogo ove poteva testare* militarmente, ma più generalmente di quello che *perda per qualunque causa il dritto* di testare in quel modo, e possa altronde testare nella forma ordinaria. Onde, per modo di esempio, un militare licenziato resti nell' armata come domestico di un ufficiale dopo aver fatto il suo testamento militare; se perduto il dritto di testare in quel modo, egli sia nel caso di farlo in una forma ordinaria (se per modo di esempio, sappia scrivere un testamento olografo) cominciano immediatamente i sei mesi a contare dai quali il suo testamento militare sarà nullo, ma se non può fare il testamento olografo i sei mesi correranno dal giorno in cui avrà potuto dirigersi a uno ufficiale pubblico ordinario. Così durante i sei mesi che cominceranno dall'uno o dall' altro punto, il testatore non ha il dritto *di fare* un testamento privilegiato, ma conserva sempre il dritto di aver quello che avea fatto.

Se poi prima che spirino i sei mesi, il testatore fosse di nuovo nelle condizioni richieste per fare un testamento militare, il suo dritto *di avere* un tal testamento che non è cessato continuerebbe senza interruzione, e il primo testamento resterebbe quindi valido fino allo spirare dei sei mesi a contare dalla novella causa di decadenza. Ma se il testatore riavesse *il* dritto di testare militarmente dopo *i sei* mesi, essendo cessata la efficacia del primo testamento, il suo autore dovrebbe farne un altro se non volesse morire *intestato*.

985 (911). — I testamenti fatti in un luogo in cui saranno interrotte tutte le comunicazioni a cagione della peste o di altra malattia contagiosa, potranno essere

fatti avanti il giudice di pace, od avanti uno degli ufficiali municipali della comune in presenza di due testimoni.

986 (912).—Questa disposizione avrà luogo a favore tanto di quelli che saranno attaccati da tali malattie, quanto di coloro che si troveranno ne' luoghi infetti, comunque non sieno attualmente ammalati.

987 (913).—I testamenti mentovati nei due precedenti articoli diverranno nulli sei mesi dopo che le comunicazioni saranno state riaperte nel luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei mesi dopo che questi si sarà trasferito in un luogo in cui non saranno interrotte.

65. Quando per cagion di contagio sono interrotte le comunicazioni con un paese, tutti coloro che ivi si trovano, sieno o pur no attaccati dal male, possono fare stendere il loro testamento dal giudice di pace del cantone, o dal suo supplente, o dai sindaci (*maires*) o aggiunti del comune purchè l' ufficiale che lo compila sia assistito da due testimoni. Delaporte ha scritto non essere competente il supplente del giudice di pace perchè gli *assessori* che al tempo in cui si faceva il Codice erano presso i giudici di pace, furono tolti dal nostro articolo, mentre si erano compresi nel progetto. Inefficace è tal ragione, essendo gli assessori altra cosa che i supplenti dei nostri tempi. Il supplente sostituisce il giudice di pace impedito, è giudice di pace in secondo luogo, e fa le veci del giudice in primo, nel caso che questi fosse impedito. Gli assessori al contrario non potevano far nulla di ciò che faceva il giudice di pace, essendo solo incaricato di assistere lui che non poteva giudicare senza di loro; ma poichè il supplente è pur giudice di pace ove questi sia impedito, il dritto accordato all' uno dal nostro articolo appartiene quindi all' altro.

Coin-Delisle che come noi non concorre nei sentimenti di Delaporte, insegna doversi applicare i nostri articoli quando le comunicazioni sieno interrotte *officialmente*. Noi non potremmo accostarci a tale opinione; pensando con Bouschet, che gli abitanti del paese attaccato dalla peste possano godere del beneficio della legge da quando in fatto le comunicazioni sieno state interrotte senza che si sappia se l' autorità amministrativa abbia dato dei provvedimenti. Il Codice non vuole che la comunicazione sia officialmente interrotta, e nessuno ha dritto d' essere più severo di lui: gl' infelici abitanti non possono soffrire per la negghiezza di un prefetto.

66. Il testamento così fatto resta valido come quello militare durante i sei mesi dal giorno in cui il suo autore abbia perduto il dritto di farlo, o potuto far testamento nella forma ordinaria. (Art. 984 (910)).

67. Ai nostri articoli bisogna si aggiunga l' articolo 19 della legge del 2 marzo 1822, che autorizza i membri delle autorità sanitarie a ricevere con le medesime regole nei Lazzaretti ed altri luoghi riservati i testamenti di coloro che si trovano in quarantena.

988 (914).—I testamenti fatti sul mare durante un viaggio, potranno essere ricevuti:

A bordo de' vascelli e d' altri bastimenti dello Stato, dall' ufficiale comandante del bastimento, o, in di lui mancanza, da quello che ne fa le veci nell' ordine di servizio, l' uno o l' altro unitamente all' ufficiale di amministrazione ed a colui che ne adempie le funzioni.

Ed a bordo dei bastimenti di commercio potranno essere ricevuti dal segretario della nave o da chi ne fa le veci, l' uno o l' altro unitamente al capitano, proprietario o patrone od in mancanza di questi, dai loro supplenti.

In tutti i casi, questi testamenti devono riceversi alla presenza di due testimoni.

989 (915).—Sui bastimenti dello Stato

il testamento del capitano o quello dell' ufficiale di amministrazione, e sui bastimenti di commercio, il testamento del capitano, del proprietario, o patrone, o quello dello scrivano, potranno essere ricevuti da quelli che loro succedono in ordine di servizio, uniformandosi nel resto alle disposizioni del precedente articolo.

68. Il testamento fatto in mare non può essere ricevuto che da due ufficiali riuniti e assistiti da. due testimoni. Osserviamo pure che gli ufficiali o altre persone che sono immediatamente nello ordine del servizio dopo quelli indicati dalla legge, debbano essere presi in mancanza dei primi ; onde sarebbe incompetente un luogotenente se il capitano fosse presente e in istato di ricevere l'atto.

Tra i bastimenti di guerra e quelli mercantili la differenza è, che nei primi l'ufficiale riceve l'atto con l' assistenza dello scrivano, mentre avviene il contrario negli altri. Questo forse è, come dice Delvincourt , perchè si sospetta che il capitano o padrone di un bastimento mercantile non fosse sempre abbastanza intelligente.

Quando il testamento a ricevere è appunto di uno di quelli incaricati a ricevere il testamento degli altri, bisogna per causa dello impedimento rivolgersi allo ufficiale o impiegato che è immediato nell' ordine del servizio.

990 (916).—In tutti i casi, si faranno due originali dei testamenti indicati nei due precedenti articoli.

991 (917).—Se il bastimento approda ad un porto straniero in cui si trovi un commissario delle relazioni commerciali di Francia , coloro che avranno ricevuto il testamento saranno tenuti a depositare l'uno degli originali, chiuso e suggellato, nelle mani di questo Commissario, che lo farà pervenire al Ministro della marina, e questi lo farà depositare alla cancelleria del giudice di pace del luogo ove il testatore ha domicilio.*

992 (918).—Al ritorno del bastimento in Italia, sia nel porto dell'armamento, o in qualunque altro, i due originali del testamento chiusi e suggellati , o l' uno di essi, nel caso che l'altro sia stato depositato durante il viaggio, come nel precedente articolo, saranno consegnati all'ufficio del preposto all'iscrizione marittima; questi li trasmetterà senza ritardo al ministro della marina, il quale ne ordinerà il deposito, come è prescritto dallo stesso articolo.**

69. Questi tre articoli mirano unicamente a sottrarre il testamento fatto in mare ai rischi cui va incontro; vi si tratta dei mezzi di conservazione materiale indifferenti al perfezionamento giuridico dell'atto, e non già di regole di forma. Un testamento di certo avrà sempre la medesima forma, se ne facciano due o uno esemplare, passi o no per le mani del ministro della marina.

Di che segue non doversi applicare a cotesti tre articoli il principio di nullità stanziato dall'articolo 1001 (927). Pure insegna Delvincourt, che il testamento sarebbe nullo, perchè non se ne fossero fatti due originali. Ma gli è questo un errore;

* Nel corrispondente art. 917 leggesi:
« Se il bastimento approda ad un porto straniero in cui si trova un console nazionale, coloro che avranno ricevuto il testamento saranno tenuti a depositare l'uno degli originali chiuso e suggellato nelle mani del console che lo farà pervenire al Segretario di Stato Ministro da cui dipende, e questi, ecc.

** Nel corrispondente art. 918 leggesi:
« Al ritorno... Saranno consegnati all'uffizio della deputazione di salute, questa li trasmetterà senza ritardo al Segretario di Stato Ministro da cui dipende, il quale ne ordinerà il deposito , siccome è prescritto nel medesimo articolo.

essendo chiaro che la legge vuole solo i **due** originali, perchè se ne trovi sicura**mente** uno; ciò viene abbastanza provato **da tutti** insieme i tre articoli. Dippiù l'idea **di Delvincourt** è rigettata dagli scrittori che **han** manifestato intorno a ciò le loro idee (1) (**vedete** sull'art. 992 (918) Delaporte, Va**zeille**, e Coin-Delisle.

70. Dal dovere che ha il ministro della **marina** d'inviare il testamento alla cancel**leria del** giudice di pace. Delaporte e Va**zeille** hanno inferito che il cancelliere ri**marrà** depositario della minuta, e che egli **dovrebbe** rilasciare la spedizione autenti**ca**; ma è chiaro che tal conseguenza non **risulta** affatto dal loro preteso principio. La **legge** fa il cancelliere depositario del plico sigillato che gli manda il ministro, ma siccome non dice chi ne farà l'apertura e con quali formalità dovrà farsi, nè chi dopo ne resterà depositario, è manifesto che questi diversi punti restino soggetti al comun dritto. Dunque saputasi la morte del testatore il testamento dovrà presentarsi al presidente del tribunale civile che ne stenderà il verbale, e ne ordinerà il deposito presso un notaro (art. 1007 (933) C. civ.); 917 e 918 (994 e 995) C. pr. La legge senza dubbio ordina di mandarsi il plico al giudice di pace, anzichè al tribunale civile, perchè il primo più facilmente del secondo potrà conoscere la morte del testatore, essendo sui luoghi, nel cantone; e dovendo esser chiamato per l'apposizione dei suggelli.

993 (919). — Si noterà sul ruolo del bastimento, ed in margine al nome del testatore, la consegna che sarà stata fatta degli originali del testamento, tanto nelle mani di un commissario delle relazioni commerciali, come all'ufficio di un preposto all'iscrizione marittima.

71. È questa pure una formalità evidentemente estranea alla validità del testamento, e che mira a procurare schiarimenti alle parti interessate.

994 (920). — Il testamento non sarà considerato come fatto sul mare, ancorchè sia stato fatto durante il viaggio, se al tempo in cui fu fatto, la nave fosse approdata ad una terra straniera o dello Stato francese, in cui vi fosse un pubblico uffiziale; nel qual caso non sarà valido, se non quando sarà stato steso secondo le forme prescritte in Francia, o con quelle praticate nel paese in cui sarà stato fatto.

72. Quando pure il testamento fosse fatto durante il corso di un viaggio, non si terrebbe come fatto in mare, se quando esso vien fatto, il bastimento fosse approdato ad un paese in cui fosse un ufficiale francese con l'incarico di ricevere i testamenti nelle forme ordinarie; perchè allora la competenza regolare e generale di cotesto uffiziale francese fa cessare quella eccezionale degli uffiziali del bastimento. Chi vuol testare in questo caso, deve dunque dirigersi 1° all' uffiziale francese se è in Francia; o se è in paese straniero, all' uffiziale francese o a quello del paese secondo a lui piace.

Ma se il paese in cui sono, in Francia o in paese straniero non abbia uffiziale francese, continua la competenza eccezionale di quelli del bastimento; onde sebbene sieno in una città straniera ove si

(1) Delaporte, art. 992 (918); Vazeille (*ibid.*); Coin-Delisle (*ibid.*). — Duranton (IX 164, 165, 166), riproduce semplicemente il testo della legge. — Toullier si restringe *per tutta intera la sezione* a dire che « non vi è nulla ad aggiungere alle disposizioni del Codice sufficientemente chiare » (V-485 *bis*); Una nota di Duvergier nella edizione pubblicata dal dotto continuatore di Toullier ha supplito in qualche modo a quel silenzio; ma la nota si riferisce ad una sola quistione, che noi esamineremo al n. IV sotto l'art. 999 (925), ma non dice alcun che delle controversie di cui ci siamo occupati sotto gli art. 994, 997, 998 (920, 923, 924) e ai n. I, II, III dell'art. 999 (925).

trovino gli uffiziali del paese, e quindi le persone del bastimento possano scendere a terra per fare il loro testamento secondo le regola *locus regit actum* (art. 999 (925)) elle avranno sempre il dritto di fare sul bastimento un testamento marittimo, se loro aggrada. Non la presenza di uffiziali stranieri ma quella solo di un ufficiale pubblico francese doveva far venir meno i poteri degli ufficiali del bastimento. Così volevano la ragione e la dignità nazionale, e ciò chiaramente esprime il nostro articolo, con dire che gli uffiziali del naviglio perderanno le loro facoltà « se il naviglio approda ad una *terra* (straniera, o appartenente al dominio francese) ove fosse *un uffiziale pubblico francese* ». Così la competenza degli ufficiali del naviglio vien meno innanzi il notaro di un paese francese, o innanzi il console francese del paese straniero (vedi art. 999 (925)).

72 *bis*. Pure gli scrittori non hanno indovinato il senso così evidente e razionale del nostro articolo. Delvincourt, Duranton (IX-159), Vazeille e Poujol insegnano che la competenza degli uffiziali del naviglio cessi, perchè si approdi in paese straniero quando pure quivi non fosse alcun uffiziale francese. Onde venire a tal risultamento gli scrittori spiegano le parole *ove fosse un uffiziale francese*, come se fossero solo in relazione con la idea di *terra francese*, e non già con l'idea di *terra straniera*, e fan dire allo articolo « Se il navilio fosse approdato o in terra straniera o in terra francese ove sarebbe un ufficiale francese ». Ma l'articolo anzichè dir questo, dice « *Se il navilio fosse approdato in una terra* straniera o francese, *ove sarebbe un ufficiale* francese ». Onde l'*unicò* caso è quello dell'approdo *in un paese ove fosse un ufficiale francese*, non importa se il paese sia francese o straniero. Nè la legge è così compilata per caso; essa contiene una dottrina *preesistente* al Codice. (Ved. Valin, art. 1, titolo II, del lib. 3) e i termini del progetto sebbene diversi in qualche parte dall'articolo, erano qui gli stessi (Fenet, II, 289, art. 90).

Ma fa più meraviglia che gli scrittori dopo avere così snaturato la disposizione del nostro articolo ed immaginato per gli ufficiali stranieri una preferenza che non esiste sopra quelli nel navilio, meravigliino essi medesimi di questa pretesa differenza e la censurino « La legge, dice Vazeille, preferisce non si sà perchè gli ufficiali stranieri del paese agli ufficiali francesi del bastimento ». No, la legge non preferisce gli ufficiali stranieri a quelli del bastimento, preferendo loro soltanto l'ufficiale pubblico francese.

995 (921).— Le sopraddette disposizioni saranno comuni ai testamenti dei semplici passeggieri che non formano parte dell'equipaggio.

73. L'ordinanza della marina del 1681, a differenza del Codice non permetteva di disporre per testamento marittimo, che dei soli effetti, che il testatore avesse nel bastimento o dei soldi *gages* che gli fossero dovuti; di che alcuni commentatori (combattuti da Valin e Furgole) avevano *inferito* che il testamento fosse *solo autorizzato* per le persone dello equipaggio. Il Codice ha voluto prevenire questa idea con dichiarare che tutte le persone possano fare quel testamento.

996 (922). — Il testamento fatto sul mare, nella forma prescritta dall'art. 988 (914), non sarà valido, se non quando il testatore morirà sul mare, o nei tre mesi dopo che sarà disceso in terra, e in un luogo in cui avrebbe potuto nuovamente far testamento nelle forme ordinarie.

74. A questo si applicano le spiegazioni date sull'art. 984 (910).—Onde il testamento marittimo divien nullo dopo tre mesi da che il testatore *abbia perduto il dritto*

di fare un testamento in quel modo, e potuto farne uno nella forma ordinaria. Dunque quando un testatore fosse sceso in un luogo ove non fossero pubblici ufficiali, il suo testamento marittimo non sarebbe meno nullo a capo di tre mesi se egli fosse in istato di fare un testamento olografo; altramente i tre mesi correrebbero dal giorno in cui avrebbe potuto dirigersi ad un pubblico ufficiale. —Così pure il testamento continuerebbe ad esser valido se pria che spirassero i tre mesi il testatore ricominciasse un altro viaggio di mare.

997 (923). — Il testamento fatto sul mare non potrà contenere alcuna disposizione in favore degli ufficiali del vascello quando non siano parenti del testatore.

75. Secondo Duranton (IX-168) e Poujol (n. 5) non solo sarebbe nulla la disposizione fatta in vantaggio di un ufficiale non parente del testatore, ma pure trarrebbe con se la nullità dell' intero testamento. Non potremmo seguire tal dottrina che è stata confutata da Maleville, Delaporte, Vazeille e Coin-Delisle. Il nostro articolo dice non potere il testamento contenere disposizioni in vantaggio degli uffiziali;d'onde risulta la nullità di esse disposizioni; ma non perciò ne viene pure la nullità dello intiero testamento.Nè si tragga argomento, come fa Duranton, della nullità pronunziata dalla legge di ventoso per il testamento pubblico, che contiene una disposizione in vantaggio del notaro che lo riceve; perchè non solo le nullità non debbono estendersi per l' analogia, ma neppure analogia esiste; la incapacità del nostro articolo è stanziata non contro l' ufficiale che riceve il testamento, ma contro tutti gli uffiziali del navilio. La legge di ventoso stanzia una incapacità contro il notaro che riceve l'atto, non essendo conveniente che un atto sia ricevuto da un uffiziale che sia una delle parti interessate; qui al contrario la incapacità è di tutti gli uffiziali del navilio per questa sola qualità, e per l' ascendente che possono esercitare sopra le persone che sono a bordo.

Nè solo tale incapacità a differenza di quella della legge di ventoso, è stanziata contro tutti gli uffiziali, anzichè contro il solo uffiziale che riceve il testamento, ma esiste per tutti i testamenti fatti in mare e tanto per quelli che non fossero ricevuti dagli uffiziali che per gli altri. Così anche in un testamento olografo il testatore non potrebbe fare alcuna disposizione in vantaggio degli ufficiali. Ciò è abbastanza provato dal ravvicinamento dei nostri due articoli 996 e 997 (922 e 923); nel primo è ristretta a un certo termine la validità del testamento fatto in mare *nella forma dell' art. 988 (914)*; nel secondo si proibiscono le liberalità di cui trattiamo in ogni testamento fatto sopra mare. In fatti non sarebbe così facile per gli ufficiali farsi fare un testamento olografo, quanto farsene dettare un altro? Del resto il nostro articolo riproduce le disposizioni dell' ordinanza del 1681, di cui il terzo articolo dichiarava nulle tutte le disposizioni fatte anche in un testamento olografo in vantaggio degli ufficiali non estendendo la nullità al resto del testamento (vedi Valin).

76. L'uffiziale diviene capace di ricevere quando sia suo parente. Duranton (n. 167) e Coin-Delisle (n. 4) dicono che la parentela perchè possa produrre tale effetto debba essere al dodicesimo grado, o al di quà, non riconoscendosi dalla legge più parentela al di là. Il vero di tal dottrina è così evidente, che non comprendiamo come Vazeille abbia potuto dirla arbitraria. Perciocchè se voi ammettete i parenti del tredicesimo e quattordicesimo grado, dovete pure ammettere quelli del quindicesimo e sedicesimo, e del ventesimo e del trentesimo senza arrestarvi *mai*! Ciò importa che dovrete ammettere *tutti* cancellando il divieto, avvegnacchè se per poco togliete il limite de' gradi, in tutto il mondo non troverete due uomini che non fossero parenti: *tutti* sono cugini, discendendo tutti dal medesimo autore. Dunque

volendo distinguere quelli che si chiamano parenti dagli altri che non lo sono, bisogna *necessariamente* stabilire, espressamente o tacitamente, un limite di grado al di quà e al di là del quale esisterà o non esisterà più parentela. Il nostro articolo dunque suppone un limite che di necessità dev' esser quello della legge, cioè del decesimo grado. E si noti che questo computo legale (che si dovrebbe sempre accettare quando fosse troppo stretto, appunto perchè è quello legale) è abbastanza largo, perchè nel mondo di ordinario non si hanno per parenti quelli del nono o decimo grado.

998 (924). — I testamenti contemplati negli antecedenti articoli di questa sezione, saranno sottoscritti dal testatore e da coloro che li avranno ricevuti.—Se il testatore dichiara che non sa o non può firmare, si farà menzione di questa sua dichiarazione come pure della causa che lo impedisce di farlo.

Nel caso in cui si richieda la presenza di due testimonî, il testamento sarà sottoscritto almeno da uno di essi, e *si farà* menzione della causa per cui l' altro non avrà sottoscritto.

SOMMARIO

I. Regole intorno alla firma dei testamenti privilegiati.

II. Queste regole e le altre indicate dagli altri articoli della sezione sono le sole che debbono applicarsi ai testamenti eccezionali: dissenso con Coin-Delisle.

III. I notari possono anche ricevere i testamenti nella forma privilegiata.

I.—77. Avendo stanziato nei precedenti otto articoli alcune regole che non riguardano più le forme propriamente dette del testamento, e di cui le disposizioni quindi non vanno colpite dall' art. 1001 (927), il Codice ritorna a quelle forme nel nostro articolo indicando una regola comune ai testamenti privilegiati. I quali devono essere sottoscritti: 1° dal testatore, tranne che non ne sia impedito: 2° da uno almeno dei due testimonî richiesti; 3° infine da quello o quelli da cui il testamento è ricevuto.

Quando il testatore non firma, egli medesimo deve dichiarare che non possa firmare, dovendo farsi menzione della sua dichiarazione non che della causa dello impedimento; onde l' ufficiale che compila non deve annunziare da se l'impedimento, ma manifestarlo come dichiarato dal testatore. Quando uno dei testimonî non firma, l'impedimento e la sua causa devono pure essere espresse, bastando che il compilatore li enunzii da se medesimo, senza far menzione della dichiarazione del testimonio.

II.—78. Le regole indicate da questo articolo, e quelle che in questa sezione Il abbiamo già incontrato, sono le sole che debbono applicarsi ai testamenti eccezionali, ovvero essi testamenti van pure soggetti ad alcune delle regole della prima sezione? Coin-Delisle (*osservazioni preliminari sulla sezione*) vuole che sieno applicabili alla nostra sezione tutti quelli articoli della precedente, le di cui disposizioni non sieno incompatibili con quelle indicate nella presente. Onde lo art. 969 (894) che ammette tre sorta di *testamenti*; (olografo, pubblico e mistico); *l' articolo* 975 (901) che vieta si prendano per testimonî i legatarî e loro parenti o affini sino al quarto grado, l'articolo 980 (906) che vuole che i testimonî sieno maschi, francesi, ecc. governano secondo Coin-Delisle tanto la nostra sezione, quanto quella in cui sono scritti. Ma noi non ci accostiamo alla opinione di lui; la nostra sezione non ha bisogno di completarsi con le regole della precedente (1) * Ecco per quali considerazioni ci siamo noi determinati.

(1) Conf. Grenier (n. 278) Duranton (IX, 130), Dalloz, cap. 6, sez. 6. Poujol. art. 981 (907) (n. 2).

* Troplong, *Donazione e testamenti*, n. 1731. Sonoci però delle condizioni generali che deb-

79. 1° Il Codice incominciando la nostra sezione non ha detto (come ha fatto incominciando il capitolo V del titolo degli *atti dello stato civile* per gli atti relativi ai militari fuori del territorio) doversi seguire le regole precedenti salvo le eccezioni seguenti; al contrario presenta queste nuove regole senza alcuna osservazione, come indipendenti dalle prime e formanti per se sole un intero sistema.

2. Se il legislatore avesse voluto applicare ai testamenti privilegiati quelle precedenti disposizioni a cui la nostra sezione non avrebbe derogato, se avesse pensato che la sezione 11. si rendesse completa colla 1ª, nessuno articolo di questa avrebbe dovuto essere identicamente riprodotto nella seconda; se ogni regola scritta nella prima si fosse dovuta di pieno dritto applicare all' altra, è manifesto che non si sarebbe ripetuta qui una regola già scritta sopra. Or l'art. 972 (897) il quale vuole che il testatore firmi,o,se egli dichiari di non sapere o non poterè si faccia menzione della sua dichiarazione e della causa dell' impedimento, è riprodotto litteralmente nel secondo paragrafo del nostro articolo. Non è egli perciò evidente che il legislatore intendeva nulla la nostra sezione dover prendere della precedente sui casi di cui ella si occupa.

3. Secondo Coin-Delisle l'art. 969 (894) che stabilisce tre forme di testamento (olografo, pubblico e mistico) dovrebbe valere tanto pei testamenti eccezionali quanto per gli ordinari. « E primieramente non v' è » difficoltà, dice il nostro dotto collega, per » il testamento olografo la di cui estrema » semplicità permette ad ognuno di far » testamento in quella forma, in qualunque » tempo e luogo ». Ma non ci inganneremmo noi se somigliante argomento venisse accolto? Senza fallo il testamento olografo è permesso in mare e alla armata, come da per tutto; ma lo è come testamento ordinario, non già come testamento militare o marittimo ; secondo il dritto comune, e non già come testamento eccezionale privilegiato. Colui che in mare, all'armata, o in un paese di cui per ragion di contagio sieno interrotte le comunicazioni, scrive un testamento olografo, non gode di alcun privilegio. In breve non v'è testamento olografo privilegiato, ma il solo ordinario. Dunque la regola che stabilisce il testamento olografo, non governa le due materie dei testamenti ordinari e di quelli privilegiati.—Non è forse di arbitrio il pretendere che fosse permesso il testamento mistico nelle circostanze eccezionali della nostra sezione , quando il Codice ne tace affatto ? La legge bene o male riguarda il riceversi del testamento mistico come cosa più grave del riceversi del testamento pubblico : di che è prova che per quest' ultimo bastano quattro testimonì o anche due se vi sono due notari (articolo 971 (896), laddove vuole *almeno sei testimoni* nel testamento mistico, art. 976 (902). Ma se è così, non si può dunque inferire dal dritto di ricevere il testamento pubblico quello di ricevere altresì il testamento mistico. D' altronde se il testatore avesse voluto permettere il testamento mistico nei casi previsti nella nostra sezione avrebbe per fermo mitigato per tali difficili circostanze le condizioni tanto rigorose degli articoli 976,977 (908,

bono osservarsi ne'testamenti di cui tratta la nostra sezione , attesochè la sezione precedente ne fa una regola.

Così l'art. 967 (892). che dispensa il testamento dal contenere un' istituzione d' erede e l' art. 968 (893) che vieta i testamenti mutui congiuntivi sono entrambi applicabili, dippiù l'art. 980 (906) relativo alla qualità de' testimonî governa eziando i testamenti speciali, di cui si tratta. E non si potrebbe più giudicare al dì d' oggi, come faceva il parlamento di Tolosa, che i testimonî di un testamento ricevuto in tempo di peste esser potessero del sesso femminile.

Del resto, in quanto ai testimonî del testamento militare, una istruzione data dal ministro della guerra il 24 brumale anno XII rammenta che i testimonî esser debbano maschi e maggiori.

Le regole segnate dal Codice nell' art. 975 (901) intorno alla capacità relativa de' testimonî trovano parimente applicazione in questa materia ; e se fra i testimonì vi fosse un legatario ovvero un parente o un affine d' un legatario, in grado proibito, il testamento, malgrado la sua forma privilegiata, sarebbe nullo. Gli è questo un de' punti contemplati nelle istruzioni del ministro della guerra.

903). Onde per modo di esempio, invece di sei testimoni che sarebbe spesso ben difficile per non dire impossibile procurare ne sarebbe bastata una metà, come per il testamento pubblico; il suo silenzio adunque è prova sotto questo aspetto che la legge non vuole il testamento mistico eccezionale, come nè il testamento olografo. Gli è vero che queste cose non imbarazzano Coin-Delisle, il quale annunzia, come irrecusabile proposizione, che « quanto al testamento mistico ricevuto » all'armata, in mare o al tempo di peste, *è cosa evidente* non poter *valere* » *tutte le formalità* perscritte dagli arti» coli 976, 977 (902, 903) » (n. 13); alla buon'ora questa dottrina è tanto semplice che commoda; ma l'arbitrio non vi è punto dissimulato.

4° Da ultimo è vero che le rubriche delle nostre due sezioni non sieno perfettamente esatte, che la divisione della nostra materia non sia in tutta logica; che i primi due articoli della prima sezione (967 e 968 (892, 893)) si applicano altresì alla seconda, come l'ultimo articolo alla seconda (1001 (927)) anche alla prima; tutto questo è incontrastabile e potrebbe far generare dei dubbî. Ma ci sembra che un maturo esame debba dileguare i dubbî e far cogliere l'ordine razionale delle idee in questo tutto, ove pare esistere confusione. Vedremo guardando più da presso che il fondo sia qui più logico della forma, e se non c'è metodo nella espressione ci è nel pensiero.

Le due rubriche parlando di *regole generali* e di *regole particolari* non dicono ciò che si è voluto dire; la distinzione della generalità e della specialità non versa tanto sulle regole, quanto su i testamenti; trattandosi di regole dei *testamenti generali o ordinari*, e di regole di *testamenti particolari* o *eccezionali*. Testamenti ordinarî e di dritto comune, testamenti eccezionali, e privilegiati, ecco il doppio obbietto delle nostre sezioni. Ora è vero che la prima sezione, sebbene prenda per oggetto i testamenti ordinarî, incominci dallo stabilire due regole applicabili egualmente a quelli eccezionali, e che la seconda, che dovrebbe per intero occuparsi dei testamenti eccezionali comprenda una disposizione finale riferentesi egualmente ai testamenti ordinarî; se non che tale irregolarità si comprende e si spiega, in prima per la poca estensione comparativa delle disposizioni che son mal collocate in ogni sezione, poi e specialmente per il luogo che occupano. Tali disposizioni formano tre articoli sopra trentacinque nella prima sezione, ed uno sopra ventuno nella seconda: ben si comprende che i *compilatori* abbiano scritto le loro rubriche *senza* tenerne ragione. Ciò si comprende specialmente osservando che due di essi articoli sono *in capo* della *prima* sezione, e il terzo *alla fine e seconda*; talmente che il *tutto* forma realmente un intero discorso che incomincia colle idee generali (art. 967, 968 (892, 893)) dividesi poi in due grandi parti che ne fanno il corpo (art. 969, 980 (894, 906)), art. 981-1000 (907, 926) e poi termina con una idea *generale* che è sanzione di tutta la materia (articolo 1001 (927)).

Per lo contrario diverrebbe inesplicabile nel sistema di Coin-Delisle l'*andamento* della nostra prima sezione: indicherebbe la legge alcune regole comuni a *tutti i testamenti* negli art. 967, 968, 969 e 970 (892, 893, 894 e 895); tratterebbe poi dei testamenti ordinarî negli art. 971 e 972 (896 e 897); ritornerebbe alle *regole comuni* nell'art. 973 (899); a quelle *speciali* nell'art. 974 (906), e di *nuovo alle* comuni nell'art. 975 (901), e *di nuovo* ancora alle speciali negli art. 976 a 979 (902 a 905), e detterebbe alla fine una regola comune nell'art. 980 (906)! Questo perpetuo andare e venire, questa confusione degli articoli generali con gli speciali non è certamente da ammettersi.

80. Ci sembra dunque certo che nessuna delle regole stanziate negli art. 969, 980 (894, 906) possa essere invocata pei testamenti eccezionali, e che per essi non possa altro permettersi se non ciò che è scritto nella nostra sezione. — Onde il testamento mistico siccome l'olografo, non

potrà mai farsi che secondo le regole comuni; non essendovi altro testamento eccezionale che il pubblico (art. 969, 970 e 676 a 979 (894, 895, 902 a 905)). Questo testamento pubblico non bisogna sia *dettato* dal testatore, potendo essere compilato da un progetto scritto che egli rimetterebbe, o anche dai semplici segni con cui manifesterebbe la sua volontà, o sulle risposte che farebbe alle interrogazioni di chi compila; nè bisognerà fosse scritto di mano di colui che deve riceverlo, potendo esserlo da un terzo sorvegliato da quello; nè sarà necessario darne lettura al testatore e ai testimoni (articolo 971, 972 (896, 897)); in fine non si potranno togliere a testimoni gli stranieri, le donne ed anche le persone, in vantaggio delle quali sarebbero fatte le disposizioni (art. 975, 980 (901, 906)).—Ma per quanto incontrastabile ne sembra tal dottrina, ben si comprende che nella pratica sarà sempre meglio per evitare difficoltà che si compiano tutte le formalità, che noi diciamo non essere richieste dalla legge.

III.—81. Del resto, ci par evidente, che il dritto conferito dalla nostra sezione agli ufficiali militari, giudici di pace e ufficiali municipali appartenga pure e con più ragione ai notari che in simiglianti circostanze fossero chiamati. Così supponiamo che risieda un notaro in una città francese ove una guarnigione sia assediata, ovvero in un paese, di cui le comunicazioni sieno interrotte per cagion d'un contagio, il notaro residente potrà per fermo ricevere i testamenti secondo le regole della nostra sezione, non essendo tenuto a seguir quelle della precedente; egli potrà stipulare con due testimoni invece di quattro, fare scrivere da uno ajutante, in vece di scrivere egli medesimo, contentarsi di segni o di risposte fatte alle sue interrogazioni, invece di essere obbligato di scrivere sotto la dettatura del testatore, ecc. Se in fatti alcune speciali circostanze han fatto permettere al sindaco *(maire)*, a un capo di battaglione, ecc., di ricevere con lievi formalità un atto che all' infuori di quei casi non potrebbero ricevere in verun modo, come non potrebbe nel medesimo caso ricever l' atto il notaro con le stesse formalità, egli che è sempre incaricato di riceverlo? Nè bisognerebbe trar argomento dal silenzio della nostra sezione intorno al notaro, perchè la competenza di quest' ultimo andava da se e risultava da principî generali. La nostra sezione a fin di rendere agevoli i testamenti nelle circostanze difficili da essa preveduti reca due modificazioni alle comuni: 1° scemando la severità delle forme, e 2° attribuendo la competenza a tali che altronde non l'hanno. Or se un testatore può allora fare uso insieme di cotesti due benefici, egli può altresì, e con più ragione usare di un solo di essi.

82. D' altronde se il notaro non è tenuto allora a seguire le regole della sezione prima, egli lo è al contrario a seguir quelle della legge di ventoso che sieno applicabili ai testamenti. Ricevutosi un atto da un notaro in qualunque siasi circostanza, esso di certo è soggetto alle regole comuni degli atti notarili.

999 (925).—Un Francese che si troverà in estero Stato, potrà disporre con testamento olografo, come è prescritto nell'articolo 970 (895), o con atto autentico nelle forme praticate nel paese in cui questo atto sarà ricevuto.

SOMMARIO

I. La facoltà di fare un testamento olografo è oggidì senza relazione con la massima locus regit actum*: dissenso con Coin-Delisle.*

II. Tal facoltà costituisce una regola di capacità personale: dissenso con Duranton.

III. Oltre al testamento olografo, il Francese può in paese straniero far testamento nelle forme quivi autorizzate, sieno autentiche o pur no.—Ma non potrebbe fare un testamento congiuntivo: dissenso con Coin-Delisle.

IV. Il Francese può anche in paese straniero fare

stendere il suo testamento nella forma francese dal cancelliere del consolato: dissenso con Duranton, Vazeille, Duvergier, ecc

I. — 83. Abbiamo veduto sotto l'art. 3 (5), n. VII)) che le leggi regolanti la forma degli atti sebbene giusta le circostanze sieno reali o personali secondo che l'atto per cui si applicano si riferisca alla proprietà dei beni o allo stato delle persone, formano una classe separata soggetta ad una speciale regola secondo cui devesi regolare la forma dell'atto dalla legge del paese in cui esso è fatto: *locus regit actum*.

Per tal principio un Francese non potrebbe validamente fare un testamento olografo che sul territorio francese o in un paese, la legge del quale ammettesse pure quella maniera di testare. Questo è avvenuto fino alla pubblicazione del Codice. Bouhier (*Borgogna*, cap. 28); Boullenois (*Statuti reali e personali*, tit. II, parte 2, cap. 3) e Ricard medesimo (*Dono mutuo*, n. 307) dopo avere prima insegnato il contrario, pretendevano che la regola *locus regit actum* dovesse solo applicarsi agli atti pubblici, e non fosse efficace per l'atto privato; ma tal distinzione era certamente arbitraria, non essendo stabilita da alcun testo di legge. Dippiù era generalmente ammesso dai migliori scrittori, e da una costante giurisprudenza, che la validità o nullità del testamento olografo dipendesse unicamente dal sapere se fosse permesso o pur no, non già nel paese a cui appartenesse il testatore, ma in quello in cui l'atto si fosse scritto (1).

Ma questo antico principio è stato tolto via dal Codice, e il nostro articolo che consacra l'idea di Bouhier, Boullenois e Ricard restringe l'effetto della regola *locus regit actus* al testamento pubblico. Questo è sempre soggetto alle leggi del paese in cui è fatto; ma il testamento olografo è permesso al Francese in qualunque luogo vada. La è questa una quistione di capacità personale: *il dritto* di fare un testamento olografo è attribuito ad *ogni* Francese, e questo dritto personale conforme all'art. 3 (5) seguirà le persone anche in paese straniero.

Non comprendiamo come Coin-Delisle (n. 3, 4, 5 e 6) abbia potuto negare tal risultamento; se Duranton (IX-14) da lui vittoriosamente combattuto abbia avuto il torto di pretendere che così avvenisse prima del Codice, e di censurare l'ultima delle decisioni citate in nota (e *che non* era affatto una decisione isolata come potrebbe credersi leggendo il dotto professore), Coin-Delisle ha torto di presentare queste medesime decisioni, come se tuttavia autorevoli. Noi non siamo più *sotto* dell'ordinanza del 1735, ma sotto il Codice civile; e dacchè il nostro articolo con dire da una parte che si potrà sempre far testamento secondo le forme usate nel paese ove ci troveremo, dichiara che il dritto di fare il testamento olografo è inerente ai Francesi, e li segue in *qualunque luogo*, non si può più parlare per il testamento olografo della regola *locus regit actum*, dovendosi considerare non più la *legge del luogo* ove si è fatto il testamento olografo, ma la qualità della persona che abbia in tal modo testato (2).

II. — 84. Dall'essere oggi una *regola* di capacità personale quella disposizione che permette i testamenti olografi, conseguita che lo straniero appartenente ad un paese, le di cui leggi non *autorizzano* quella forma di testare non *potrebbe* validamente usarla, sebbene fosse residente in Francia, e disponesse di beni francesi le leggi che regolano la capacità non si applicano che alle persone francesi. Questo straniero non può qui invocare la legge del suo paese la quale nella nostra ipotesi non permette il testamento olografo, nè può invocare la regola *locus regit actum*

(1) Furgole (*Testam.*, cap. 2, sez. 2); Pothier (*Donaz. testam.*, cap. 1, art. 2, § 1); Merlin (*Rep.*, alla parola *Testam.*, sez. 2, § 4); ordinanza del 1735 (art. 29, 32, 35, 37); arresto del parlamento di Parigi del 10 marzo 1620, 15 gennaro 1721; 14 giugno 1724, 15 giugno 1777; atto di notorietà di Châtelet (13 sett. 1702); arresto della Corte di cassazione del 15 piovoso anno 2, 28 pratile anno XIII, 20 ottobre 1806.

(2) Delvincourt, Maleville, Grenier, (n. 280), Duranton (*loc. cit.*), Demante (II-368), Vazeille (n. 1.)

essendo in un caso in cui la forma dell'atto non è più dipendente dal luogo.

Duranton (IX-15) non si accosta a tal sentimento, perchè tuttochè egli dica come noi, che la forma olografa non vada affatto soggetta alla regola *locus regit actum*, egli scorge nella facoltà di fare un testamento olografo, non una regola di capacità personale, ma sì una regola di trasmissione dei beni, uno statuto reale, applicabile quindi a tutti i beni di Francia, (art. 3 (5)). Noi non abbracciamo questa idea. Le leggi che determinano se e in quai limiti si possa disporre dei proprî beni, sono sicuramente statuti reali e tale è la legge del 14 luglio 1819, che ammette gli stranieri a succedere, disporre, e ricevere in Francia, come gli stessi Francesi. Ma la legge la quale ci dispensa di ricorrere ai pubblici ufficiali per stendere il solenne atto di disposizione, e che fa noi stessi ministri di tale atto, sembra a noi, come a Grenier, Delvincourt e Demante, ordinare una prerogativa inerente alla persona una capacità personale. Indarno insiste Duranton, che la legge del 1819 permetta agli stranieri di disporre del *medesimo modo* che i Francesi. Si tratta della estensione del dritto delle disposizioni, e non delle prerogative con le quali esso può esercitarsi; il che vien provato dalle parole *del medesimo modo* che non si riferiscono solo a *disporre* ma anche a *ricevere e succedere*. Ma non è chiaro che « succedere del medesimo modo » significhi semplicemente « succedere negli stessi limiti, coi dritti così estesi, e secondo le medesime regole di fondo? » In somma se il dritto di fare un testamento olografo fosse considerato dal Codice come una facoltà affatto personale, come un privilegio inerente alla persona, come potrebbe esso seguire il Francese in qualunque luogo! Questo mutamento dagli antichi principî è appunto ciò che costituisce e dimostra la personalità del dritto.

85. Da questo medesimo principio deriva che il testamento olografo di un Francese sarà al contrario valido sempre, in qualsiasi paese fatto, e qualsiasi il luogo in cui si trovino i beni. Onde facciasi il testamento olografo, e i beni sieno siti in un paese, la legge di cui non permette cotesta forma, non sarà quello meno efficace; a condizione che la legge straniera conceda al Francese il dritto generale di far testamento. In fatti, essendo uno statuto reale il dritto di disporre dei proprî beni, trasmetterli per testamento, bisogna si consulti la legge del paese ove son siti i beni, a fin di conoscere se e in quali limiti il Francese abbia potuto farlo; per modo che il testamento sarebbe nullo in tutto o in parte se la legge straniera dichiarasse indisponibili i beni in tutto o in parte per il Francese. Ma essendo riconosciuto il dritto di testare dalla legge straniera e nei limiti in cui lo è, lo statuto reale è salvo; e siccome non si attiene a cotesto statuto il sapere se il Francese che poteva testare, abbia potuto farlo nella forma olografa, e deve quindi decidersi secondo la legge francese, lo si deve di certo affermativamente, permettendosi da questa legge che potessero i suoi soggetti fare ovunque il testamento olografo. Nel sistema di Duranton al contrario, statuto reale essendo il dritto di fare un testamento olografo come il dritto generale di far testamento, e dovendo di conseguenza valutarsi secondo la legge del paese in cui son siti i beni, il testamento olografo sarebbe sempre nullo pei beni siti in un paese che quella forma non ammette, quando pure fatto dal Francese in Francia.

86. D'altronde, quando noi diciamo (rigettando il principio di Duranton, e seguendo quello di Grenier, Delvincourt e Demante) essere valido il testamento olografo del Francese ovunque fatto, anche pei beni siti in un paese in cui per legge non sia ammessa quella forma, si deve ben comprendere che noi parliamo della legge francese, la sola che dobbiamo qui interpetrare. — Ma potrebbe avvenire che fosse diversamente per la legge straniera, essendo in disaccordo le due legislazioni. Se, per modo di esempio, la legge straniera non solo non contasse fra le varie maniere di testare quella olografa, ma a tutte le regole relative alla forma di te-

stamenti non desse la qualità di leggi personali ; le quali regole a qualsiasi paese appartengano saranno sempre per essa statuti reali; e quindi dichiarerà validi, quanto ai beni che sono sotto il suo impero , i soli testamenti fatti nelle forme da essa autorizzate, ovvero in una di quelle del paese in cui il testatore abbia disposto (secondo la regola *locus regit actum*); in tal caso il testamento olografo fatto dal Francese in cotesto paese pei beni quivi siti , sarebbe ad un tempo nullo per la legge del paese . e valido per quella francese. Il qual conflitto delle due legislazioni, che essendovi reciproca ostinatezza , finirebbe secondo che piaccia all'autorità sovrana sotto di cui si trovino i beni, diciamo, potrebbe solo schivarsi per mezzo di un trattato fra i due potentati.

III. — 87 Il nostro articolo derogando alla regola *locus regit actum* per il testamento olografo, non ne riconosce meno l'effetto; dichiarando nella sua finale disposizione valido in Francia qualunque testamento fatto da un Francese in paese straniero nelle forme quivi usate. Ogni Francese adunque può in paese straniero fare un testamento olografo (se sappia scrivere), o farlo in una delle forme, quali che sieno, autorizzate dalla legge del luogo.

Quali che sieno le forme diciamo. Non bisognerebbe credere in fatti che il nostro articolo abbia usato a bello studio la espressione di *testamento autentico*, e che sia indispensabile l'autenticità dell'atto. Il testamento è valido purchè si sieno seguite le forme del paese, autentiche o pur no. La seconda parte del nostro articolo ha voluto dire solamente che il testamento potrebbe farsi secondo la regola *locus regit actum*. Sappiamo che nel progetto del titolo preliminare venia dichiarato in uno articolo « che la forma degli atti è regolata dalle leggi del paese in cui son fatte » e che questo articolo è stato tolto , perchè esprimeva un principio che inutile era sanzionare nel Codice, non essendosi mai contrastato (Fenet, tom. VI, p. 66). Ma se è così, non deesi dunque riguardare se le forme usate sieno o pur no autentiche; bastando che sieno autorizzate nel paese ove si era. Che diverrebbe senza ciò il Francese il quale non sappia scrivere e dimori in paese in cui per legge non è riconosciuto il testamento autentico? Gli sarebbe pertanto impossibile di far testamento. Il legislatore ha qui parlato di testamento autentico solo in contropposto al testamento olografo; volendo dire: il Francese in paese straniero potrà sempre fare un testamento olografo; e potrà farlo non olografo nelle forme del paese ». Ha preso la parola *autentico* che naturalmente gli si presentò alla mente, essendo autentico da noi qualunque testamento che non sia olografo (1).

88. Ma perchè si applica la regola *locus regit actum*, è lecito ai Francesi non ostante l'art. 968 (893) , fare un testamento congiuntivo, trovandosi in paese ove sia autorizzata tal forma di testare? Coin-Delisle (art. 968 (893) , n. 5) risponde del sì, e in fatti, siccome il Codice presenta la disposizione dell'art. 968 (893) come regola di forma , e le regole della nostra sezione derogano a quelle della precedente, sembra doversi decidere in quel modo.

Nondimeno noi non concorriamo al sentimento di lui per quanto sia specioso. È primieramente il grave inconveniente che ha fatto proscrivere il testamento congiuntivo, esisterebbe così per l'atto fatto in paese straniero, che per quello fatto in Francia, nè si può supporre che il legislatore abbia voluto permettere ai Francesi di violare la sua disposizione con un semplice viaggio in paese straniero. È dunque conforme al pensiero intimo della legge il dichiarar nullo il testamento congiuntivo ovunque fosse fatto. E noi opiniamo che la teoria delle nostre due sezioni non si op-

(1) Rig.. 30 nov. 1831; Rouen, 21 luglio 1840; Rig., 6 febbr. 1843 (Dev.. 32, 1, 52; 40, 2, 515; 40, 1, 209). — Del resto tali testamenti non meno che quello olografo non potrebbero contenere un riconoscimento di figlio naturale (art. 334 , 1317 (257, 1271)).

ponga a tal nullità. I due art. 967. 968 (892, 893) non sono di quelli a cui fanno eccezione le regole della nostra seconda sezione; essi, come sopra abbiam veduto, formano come un preambolo che si applica alla sezione seconda, come alla prima, e serbano il loro valore, tanto pei quattro testamenti privilegiati, quanto per le tre maniere di testamenti ordinari. Qui invano si invoca la massima *locus regit actum* alla quale secondo noi si darebbe una estensione che non ha nè può avere, e che gli vien contraddetta dalla natura stessa delle cose. Quando per un vantaggio generale i diversi legislatori ammettono unanimamente potersi seguire sempre la legge del luogo per le forme degli atti, danno essi a tal parola un senso tanto largo, come quello che qui si suppone? Per le forme propriamente dette, quando si vuol sapere se bisogna ricorrere ad uno ufficiale, qual sia questi, come dovrà procedere, se ci vogliono testimonî, e con che condizioni, ecc. ecc. di certo non si trasportano le regole di un paese in un altro; fare stendere un atto in Russia secondo il sistema francese o spagnuolo, e in ogni paese doveva esser lecito seguire la legge del luogo. Ma quando si tratta di una forma impropriamente detta, e che è anzi un divieto personale fatto al Francese; questi potrà impunemente violarlo perchè esista una facoltà contraria nel paese ove per avventura si trovi? Perchè la legge russa consente che più facciamo un testamento in unico atto, sarà perciò meno agevole in Russia che in Francia il fare un testamento a solo? Ogni regola permissiva o facultativa intorno al testamento congiuntivo è di necessità, quando pure sia data come regola di forma, un divieto o un permesso che cade direttamente sulla persona, e quindi non le si deve applicare la massima *locus regit actum*.

IV. — 89. Oltre al testamento olografo che i Francesi possano ovunque fare, e di quello che possono pur fare nelle forme autorizzate dalla legge del paese ove si trovino, non possono anche i Francesi in paese francese fare stendere il lor testamento secondo le forme francesi alla cancelleria del Consolato? Sappiamo che a ciaschedun console è aggiunto un ufficiale che col nome di *Cancelliere* compie presso quel magistrato gli ufficii di cancelliere, di segretario, alle volte di usciere, ed anche quelli di notaro quando i Francesi ricorrono a lui; ma cotesto ufficiale per essere notaro Francese in paese straniero, non può ricevere i testamenti dei Francesi conformandosi alle leggi imposte a tutti i notari? Grenier (n. 280); Duranton (IX-160); Poujol (n. 4); Vazeille (articolo 944 (868), n. 2) e Duvergier *sopra Toullier* (V-485 *bis*) rispondono del no, ma noi non sapremmo accostarci alla loro opinione.

Si dice dapprima, che l'ordinanza della marina (1681) la quale formalmente accordava ai cancellieri di Consolato il dritto di ricevere i testamenti sia stata abrogata dal Codice, come le altre leggi relative ai testamenti, come tutte le materie che han formato oggetto delle disposizioni del Codice. — Ciò è incontrastabile (sebbene una decisione di Parigi del 27 agosto 1825 abbia giudicato il contrario): avendo il Codice trattato del testamento marittimo (articoli 988-998 (914-924), l'ordinanza del 1681 relativa a quello cade sotto l'art. 7 della legge del 21 marzo 1804, la quale dichiara, che le ordinanze, consuetudini, regolamenti, ecc. cessavano di aver vigore di legge *nelle materie che sono l'oggetto delle leggi che compongono il Codice*. L'ordinanza del 1681 è dunque abrogata; ma da ciò non segue che i cancellieri non abbiano più il dritto di ricevere i testamenti. Eglino in fatto traggono da altre leggi le loro facoltà, e specialmente dall'ordinanza del 3 marzo 1781; e siccome tali leggi prescrivono regole di *dritto pubblico* e si riferiscono quindi a materie di cui il Codice non tratta, e non vanno più abrogate in forza della legge del 21 marzo, ne deriva che i cancellieri perchè son sempre rivestiti del loro ufficio di notari possono sempre ricevere i testamenti, a condizione che seguano non le regole che la ordinanza della marina potrebbe contene-

re, ma quelle del Codice e le altre della legge organica del notariato.

Si trae poi dall' articolo 48 un argomento che non è meno inconcludente. Avendo detto questo articolo, si dice, che i Francesi potrebbero fare stendere nei Consolati i loro atti di stato civile, avrebbe pur detto, se il legislatore lo avesse voluto, che vi potrebbero fare stendere i lor testamenti. — La risposta è facile: il dritto di ricevere gli atti di stato civile spettava nell'antico dritto, non ai notari o ad altri ufficiali civili, ma al clero, agli agenti diplomatici francesi in un paese straniero; essi dunque non avevano mai avuto tal dritto: lo esercitarono dopo il 1792 per una regola di semplice analogia, ed era quindi necessario bandire formalmente questo dritto che fino allora non era in nessun luogo scritto; ma non era così per i testamenti che erano stati sempre ricevuti dai cancellieri di Consolato.

L'ultimo argomento che si vorrebbe cavare dall' art. 994 (920), è fondato sopra una falsa interpetrazione che noi abbiamo combattuto nella spiegazione di quello articolo.

Ci sembra dunque che i cancellieri di Consolato possano ricevere sempre *i testamenti* del Francese (1).

1000 (926). — I testamenti fatti in estero stato non potranno mandarsi ad esecuzione riguardo ai beni situati nel Regno, che dopo essere stati registrati all'ufficio ove esiste il domicilio del testatore, quando questi ne abbia conservato alcuno, ovvero all'ufficio della sua ultima nota abitazione nel Regno; e quando il testamento contenesse delle disposizioni relative a beni immobili ivi situati, *dovrà* inoltre registrarsi all' ufficio del luogo in cui si trovano questi immobili, senza che si possa esigere una doppia tassa.

90. Questa non è una formalità *intrinseca* del testamento, una delle forme necessarie per la sua validità; perchè è richiesta quando il testamento è già finito.—E dessa una condizione estrinseca, necessaria a compiersi per la esecuzione, ma che può sempre recarsi in atto, non essendo dalla legge posto alcun termine.

1001 (927M).—Le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti in forza delle disposizioni della presente e della precedente sezione, devono essere osservate sotto pena di nullità *.

91.—Si sa che il presente articolo non intenda parlare di tutte le formalità relative ai testamenti, ma solo di quelle che sono in vero forme costitutive del testamento; per modo che la nullità qui pronunziata non cade sugli articoli 990 a 993 e 1000 (916 a 929 e 926). Questa idea del resto è stata svolta in tutta questa sezione.

Vedremo sotto gli articoli 1339 e 1340 (1293 e 1294) se l'approvazione o la esecuzione volontaria di un testamento, *fatto* dall' erede *ab intestato*, sarebbe una eccezione di inammessibilità contro la nullità di forma del testamento.

(1) Merlin (*Rep.*. alla parola *Testamento*, sezione 2, art. 3, art. 8), Delvincourt, Delaporte (articolo 994 (926), Dalloz, cap. 6, sez. 6, n. 4); Coin-Delisle (n. 8-15).

* Il corrispondente art. 927 è così concepito.

Le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti in forza delle disposizioni della presente e della precedente sezione, debbono osservarsi sotto pena di nullità, tranne le seguenti eccezioni:

1.° se siasi omesso di far menzione espressa di essere stato scritto il testamento di carattere del notajo cui fu dettato, tal mancanza non nuocerà alla sua validità, quando consti legittimamente che sia stato in realtà scritto dal notajo medesimo:

2.° se siasi omessa qualche solennità richiesta dal regolamento notariale, alla cui mancanza secondo lo stesso regolamento non è annessa pena di nullità.

SEZIONE III.

DELLE ISTITUZIONI D' EREDE, E DEI LEGATI IN GENERALE.

1002 (928).—Le disposizioni testamentarie sono o universali o a titolo universale, o a titolo particolare.

Ciascheduna di queste disposizioni fatta tanto sotto la denominazione d'istituzione di erede, quanto di legato, produrrà il suo effetto secondo le regole in appresso stabilite per i legati universali, per i legati a titolo universale, e per i legati particolari.

92. Come si sa, havvi grandissima differenza fra l'*erede* propriamente detto, e il semplice *legatario*;—l'erede è successore alla stessa persona del defunto, mentre il legatario succede ai beni di lui;—la legge romana, seguita un tempo nelle nostre province di dritto scritto, riconosceva eredi *ab intestato* ed anche eredi testamentarî, mentre il nostro dritto francese, la regola delle nostre consuetudini nazionali, ha ammesso sempre eredi *ab intestato*, permettendo che per testamento si facessero solo legatarî; — infine il Codice, tuttochè lasci arbitrio nello usare i termini, ha seguito per il fondo la regola del nostro dritto nazionale, proscrivendo gli eredi testamentarî.

Di ciò è prova il nostro articolo il quale dichiara che le disposizioni testamentarie fatte sotto il nome di istituzione di erede o altramente, saranno sempre dei legati. Si noti pure esser questo l'unico obbietto dell'articolo e quindi della sezione che di esso solo si compone.

E non a caso le cose sono state così ordinate.—Per lo contrario, non esisteva dapprima questa sezione speciale; e il Tribunato l'ha posta col fine da noi indicato, ecc. È conveniente—diceva il Tribunato—lasciar sussistere la denominazione di *istituzione di eredi* che è tanto in uso, ma ad un tempo giova annunziare che non vi sarà mai *alcuna differenza* fra la denominazione di erede e quella di legatario; e che tutti gli effetti specialmente attribuiti dalle leggi romane al titolo di erede, *sono interamente svaniti*.—Però si propose fare una altra sezione di un solo articolo che contenesse questa idea cardinale ». (Fenet, t. XII, p. 149.)

93.—Onde è incontrastabile che per testamento non si fanno più eredi, successori alla persona, ma semplici legatarî, semplici successori ai beni; e che quindi il successore testamentario non può essere mai tenuto con questa qualità, a pagare i debiti del defunto *ultra vires bonorum*. É dunque inesatto il dire, come fa Coin-Delisle (art. 1003 (929), n. 1)), che « quando non vi è erede legittimario, il legato universale è oggidì una vera istituzione di erede, e si può definire: la donazione per testamento di tutti i dritti attivi e passivi del defunto. »

I legati, come scorgesi dal nostro articolo, sono 1. universali, 2. a titolo universale 3. particolari o a titolo particolare.

Il Codice consacrerà a ciascun delle tre classi una sezione speciale (1).

SEZIONE IV.

DEL LEGATO UNIVERSALE.

1003 (929)—Il legato universale è la disposizione testamentaria con cui il testa-

(1) Sotto l'art. 1017 (971) sarà esaminato se i legati debbano pagarsi dall'erede puro e semplice *ultra vires bonorum*.

poco danaro, dichiari di legare a Pietro le sue due case, il suo podere, i suoi mobili,e il danaro:i beni a cui avrà dritto Pietro sono infatti, tutti i beni del testatore, ma siccome gli saranno separatamente attribuiti, e considerati ciascuno in particolare, anzichè tutti insieme, sarà questo un legato particolare e non già un legato universale; l' oggetto del dritto in tal caso non sarà la totalità, ma il tal bene, e poi un altro, e un altro ancora. Gli è tanto vero che non si è chiamata alla totalità, che se il testatore avesse acquistato, dopo fatto il testamento e lasciasse alla sua morte una terza casa, Pietro avrebbe sempre il denaro, i mobili, il podere, e *due* case; la terza non gli apparterrebbe ; dunque egli ha dritto, quando l'idea si determina,a questi e quelli beni, ma non *a tutti i beni*, e quindi non vi è legato universale.

99. I legati che hanno per oggetto l'usufrutto non possono mai essere universali; non potendo dar dritto a tutti i beni del testatore, ma soltanto al godimento vitalizio di essi. Ritorneremo su ciò nella spiegazione dell'art. 1010 (964).

1004 (930). Quando alla morte del testatore vi siano eredi ai quali è dalla legge riservata una quota parte dei suoi beni, questi eredi, per la di lui morte, entrano *ipso jure* nell'immediato possesso di tutti i beni dell'eredità; ed il legatario universale deve da essi ripetere il rilascio dei beni compresi nel testamento.*

100. Quando il testatore, fatto un legato universale,lascia morendo eredi legittimarî che accettano la sua eredità, costoro hanno il possesso legale non solo della loro riserva, ma di tutta la eredità; e il legatario universale deve farsi rilasciare da loro la porzione disponibile che gli appartiene.

Diciamo che questa porzione disponibile appartenga al legatario.In fatti essa gli spetta fin dalla morte del testatore in forza del testamento,come la riserva ai legittimarî in forza del dritto di successione legittima; la donazione tra vivi o per testamento è una causa diretta di acquistare la proprietà, come lo è la successione (art. 711 (632). L'erede legittimario che ha il dritto di possesso sopra tutta l'eredità, ha solo il dritto di proprietà sulla sua porzione riservata; e il legatario insieme allo erede sono comproprietarî per tutti i beni , ciascuno in proporzione di quella parte a cui ha dritto.

Ed essendo il legatario universale comproprietario insieme all'erede del sangue, questi non potrebbe dunque spacciarsi di lui pagandogli in danaro il valore della porzione disponibile, come fosse un semplice creditore; il legatario non è *creditore*, ma proprietario del terzo , della metà o di qualunque altra frazione di sponibile, e quindi gli spetta in natura con far le porzioni e il sorteggio , come fra coeredi, fra tutti i comproprietarî.

101. Quando diciamo che l' erede legittimario è investito di tutta la eredità , ciò è vero per colui che avrebbe dritto a tutta la eredità *ab intestato* , e che la prenderebbe tutta se non esistesse il testamento. Ma non è così dell'erede legittimario, il quale se pur non fossevi testamento, sarebbe solo chiamato ad una parte della eredità; se, per modo di esempio, il testatore lascia per suoi eredi il padre, ed un cugino materno; siccome allora il padre è legittimario (per un quarto) egli quando pur non vi fosse testamento sarebbe solo chiamato alla metà (art. 753 (673 M)),quindi avrebbe solo il possesso di essa metà; dell' altra tolta non già al padre, ma al cugino non legittimario, sarà investito il legatario, il quale dovrà solo farsi rilasciare dal padre il quarto che gli toglie.

E in fatti vi sono allora veramente due successioni (art. 933 (857 M) (n° 1)), l' una

* Il corrispondente articolo 930 così dice: Quando.., i beni dell' eredità; e l' erede scritto o il legatario universale dovrà chiedere da essi il rilascio dei beni compresi nel testamento.

delle quali devoluta ad un legittimario; allora è il caso del nostro articolo che dà al legittimario il possesso legale di tutto; ma siccome non v'è legittimario per l'altra, essa cade sotto l'articolo 1006 (932) che dà il possesso legale al legatario universale.

1005 (931 M).—Ciò non ostante nello stesso caso il legatario universale avrà il godimento de' beni compresi nel testamento dal giorno della morte, se la domanda per il rilascio è stata fatta dentro l'anno dopo tale epoca; altrimenti questo godimento non incomincerà che dal giorno della domanda giudiziale, o da quello in cui si sarà volontariamente acconsentito al rilascio.*

SOMMARIO

I. Secondo il più degli scrittori, il legatario universale *ottiene i frutti dal giorno della morte per lo effetto di un dritto che estendesi per la sua stessa natura al legatario a titolo universale.*

II. Censura di questa dottrina. È un favore, che questo secondo legatario non potrebbe invocare.

I. — **102.** Secondo questo articolo, il legatario *universale* (purchè domandi il rilascio entro l'anno dal giorno della morte), ha dritto ai frutti da quel giorno stesso; secondo lo art. 1014 (968), al contrario il legatario *particolare* non ha mai dritto ai frutti che dal dì della domanda. Perchè tal differenza? È questa una quistione intorno alla quale gli interpetri non vanno d'accordo, e che pure ha la sua importanza; dipendendo dalla sua soluzione il conoscere se dal giorno della morte, ovvero da quello della domanda appartengano i frutti al legatario *a titolo universale* sui dritti del quale il Codice ha taciuto (art. 1002 (928)).

Il più degli scrittori insegnano che il dritto ai frutti dal giorno stesso della morte, sia per il legatario universale una conseguenza bene naturale del suo legato.— « I frutti di una eredità, essi dicono, finchè non sia divisa fra gli aventi dritto, » si riuniscono ad essa, come l'accesso» rio al principale, e ne crescono la massa » *fructus augent haereditatem*; per mo» dochè quando i diversi condividenti pren» dono ciascuno la loro parte, la trovano » cresciuta di una parte proporzionale in » tutti i frutti decorsi ». Così dunque allorchè il legatario universale in faccia all' erede legittimario prende una frazione dell' eredità, la metà per modo di esempio, egli per la natura stessa delle cose, e prendendo la sua metà di eredità quale essa è *hic et nunc*, consegue pure la metà di tutti i frutti decorsi. Per l' opposito, il legatario particolare, che non prende una frazione della massa riguardata tutta insieme, una quota della universalità, ma solo uno o più beni speciali, non può aver dritto ai frutti che hanno accresciuto la massa; i frutti della cosa a lui legata gli appartengono dal momento in cui essa separata dalla massa entra nel suo particolare possesso, cioè, dal giorno della domanda giudiziaria di rilascio (o del rilascio consentito all' amichevole). Giusta tal principio il legatario a titolo universale ha pur dritto ai frutti dal giorno stesso della morte; dacchè egli come il legatario universale divide pure la universalità dei beni (1).

II. — **103.** Questa dottrina che sembra dubbia a Dalloz (cap. VII, sez. 3) e che positivamente vien rigettata da Coin-Delisle (articolo 1015 (969) numero 11), ci

* Il corrispondente articolo 931 dice:
Ciò non ostante il legatario universale o l'erede scritto avrà in queste caso, ecc.

(1) Grenier (n. 297), Toullier (A-545) Demante (II-377 e 388), Duranton (IX-211), Vazeille (art. 1011 (965), n. 2).

poco danaro, dichiari di legare a Pietro le sue due case, il suo podere, i suoi mobili,e il danaro:i beni a cui avrà dritto Pietro sono infatti, tutti i beni del testatore, ma siccome gli saranno separatamente attribuiti, e considerati ciascuno in particolare, anzichè tutti insieme, sarà questo un legato particolare e non già un legato universale; l' oggetto del dritto in tal caso non sarà la totalità, ma il tal bene, e poi un altro, e un altro ancora. Gli è tanto vero che non si è chiamata alla totalità, che se il testatore avesse acquistato, dopo fatto il testamento e lasciasse alla sua morte.una terza casa, Pietro avrebbe sempre il denaro, i mobili, il podere, e *due* case: la terza non gli apparterrebbe ; dunque egli ha dritto, quando l'idea si determina,a questi e quelli beni, ma non *a tutti i beni*, e quindi non vi è legato universale.

99. I legati che hanno per oggetto l'usufrutto non possono mai essere universali; non potendo dar dritto a tutti i beni del testatore, ma soltanto al godimento vitalizio di essi. Ritorneremo su ciò nella spiegazione dell'art. 1010 (964).

1004 (930). Quando alla morte del testatore vi siano eredi ai quali è dalla legge riservata una quota parte dei suoi beni, questi eredi, per la di lui morte, entrano *ipso jure* nell'immediato possesso di tutti i beni dell'eredità; ed il legatario universale deve da essi ripetere il rilascio dei beni compresi nel testamento.*

100. Quando il testatore, fatto un legato universale,lascia morendo eredi legittimari che accettano la sua eredità, costoro hanno il possesso legale non solo della loro riserva, ma di tutta la eredità; e il legatario universale deve farsi rilasciare da loro la porzione disponibile che gli appartiene.

Diciamo che questa porzione disponibile appartenga al legatario.In fatti essa gli spetta fin dalla morte del testatore in forza del testamento,come la riserva ai legittimari in forza del dritto di successione legittima; la donazione tra vivi o per testamento è una causa diretta di acquistare la proprietà, come lo è la successione (art. 711 (632). L'erede legittimario che ha il dritto di possesso sopra tutta l'eredità, ha solo il dritto di proprietà sulla sua porzione riservata; e il legatario insieme allo erede sono comproprietari per tutti i beni , ciascuno in proporzione di quella parte a cui ha dritto.

Ed essendo il legatario universale comproprietario insieme all'erede del sangue, questi non potrebbe dunque spacciarsi di lui pagandogli in danaro il valore della porzione disponibile, come fosse un semplice creditore; il legatario non è *creditore*, ma proprietario del terzo , della metà o di qualunque altra frazione disponibile, e quindi gli spetta in natura con far le porzioni e il sorteggio , come fra coeredi, fra tutti i comproprietari.

101. Quando diciamo che l' erede legittimario è investito di tutta la eredità , ciò è vero per colui che avrebbe dritto a tutta la eredità *ab intestato* , e che la prenderebbe tutta se non esistesse il testamento. Ma non è così dell'erede legittimario, il quale se pur non fossevi testamento, sarebbe solo chiamato ad una parte della eredità; se, per modo di esempio, il testatore lascia per suoi eredi il padre, ed un cugino materno; siccome allora il padre è legittimario (per un *quarto) egli* quando pur non vi fosse testamento sarebbe solo chiamato alla metà (*art.* 753 (673 M)),quindi avrebbe *solo* il possesso di essa metà; dell' altra tolta non già al padre, ma al cugino non legittimario, sarà investito il legatario, il quale dovrà solo farsi rilasciare dal padre il quarto che gli toglie.

E in fatti vi sono allora veramente due successioni (art. 933 (857 M) (n° 1)), l' una

* Il corrispondente articolo 930 così dice: Quando.., i beni dell' eredità; e l' erede scritto o il legatario universale dovrà chiedere da essi il rilascio dei beni compresi nel testamento.

delle quali devoluta ad un legittimario; allora è il caso del nostro articolo che dà al legittimario il possesso legale di tutto; ma siccome non v'è legittimario per l'altra, essa cade sotto l'articolo 1006 (932) che dà il possesso legale al legatario universale.

1005 (931 M).—Ciò non ostante nello stesso caso il legatario universale avrà il godimento de' beni compresi nel testamento dal giorno della morte, se la domanda per il rilascio è stata fatta dentro l'anno dopo tale epoca; altrimenti questo godimento non incomincerà che dal giorno della domanda giudiziale, o da quello in cui si sarà volontariamente acconsentito al rilascio.*

SOMMARIO

I. Secondo il più degli scrittori, il legatario universale ottiene i frutti dal giorno della morte per lo effetto di un dritto che estendesi per la sua stessa natura al legatario a titolo universale.

II. Censura di questa dottrina. È un favore, che questo secondo legatario non potrebbe invocare.

I. — **102.** Secondo questo articolo, il legatario *universale* (purchè domandi il rilascio entro l'anno dal giorno della morte), ha dritto ai frutti da quel giorno stesso; secondo lo art. 1014 (968), al contrario il legatario *particolare* non ha mai dritto ai frutti che dal dì della domanda. Perchè tal differenza? È questa una quistione intorno alla quale gli interpetri non vanno d'accordo, e che pure ha la sua importanza; dipendendo dalla sua soluzione il conoscere se dal giorno della morte, ovvero da quello della domanda appartengano i frutti al legatario *a titolo universale* sui dritti del quale il Codice ha taciuto (art. 1002 (928)).

Il più degli scrittori insegnano che il dritto ai frutti dal giorno stesso della morte, sia per il legatario universale una conseguenza bene naturale del suo legato.— « I frutti di una eredità, essi dicono, finchè non sia divisa fra gli aventi dritto, » si riuniscono ad essa, come l'accesso» rio al principale, e ne crescono la massa » *fructus augent haereditatem*; per modochè quando i diversi condividenti pren» dono ciascuno la loro parte, la trovano » cresciuta di una parte proporzionale in » tutti i frutti decorsi ». Così dunque allorchè il legatario universale in faccia all'erede legittimario prende una frazione dell'eredità, la metà per modo di esempio, egli per la natura stessa delle cose, e prendendo la sua metà di eredità quale essa è *hic et nunc*, consegue pure la metà di tutti i frutti decorsi. Per l'opposito, il legatario particolare, che non prende una frazione della massa riguardata tutta insieme, una quota della universalità, ma solo uno o più beni speciali, non può aver dritto ai frutti che hanno accresciuto la massa; i frutti della cosa a lui legata gli appartengono dal momento in cui essa separata dalla massa entra nel suo particolare possesso, cioè, dal giorno della domanda giudiziaria di rilascio (o del rilascio consentito all'amichevole). Giusta tal principio il legatario a titolo universale ha pur dritto ai frutti dal giorno stesso della morte; dacchè egli come il legatario universale divide pure la universalità dei beni (1).

II. — **103.** Questa dottrina che sembra dubbia a Dalloz (cap. VII, sez. 3) e che positivamente vien rigettata da Coin-Delisle (articolo 1015 (969) numero 11), ci

* Il corrispondente articolo 931 dice:
Ciò non ostante il legatario universale o l'erede scritto avrà in questo caso, ecc.

(1) Grenier (n. 297), Toullier (A-545) Demante (II-377 e 388), Duranton (IX-211), Vazeille (art. 1011 (965), n. 2).

sembra tale da non potersi abbracciare.

Come si vuole qui applicare la massima romana *fructus augent haereditatem?* Come si vuole che i frutti si mettano così a capitale colla massa ereditaria perchè si dividano com' essa fra i condividenti, quando per un altro principio divengono proprietà di un solo nel punto stesso che si effettuano? L' erede legittimario ha più il possesso legale di tutta la eredità fino alla domanda di rilascio; ma se egli per effetto della legge è solo possessore, ha dunque solo dritto ai frutti, i quali non possono quindi cumularsi, perchè si dividano fra lui e il legatario. — Dunque in *principio* i frutti appartengono allo erede, non già al legatario fino alla domanda di rilascio; e poi vediamo una benigna *eccezione* nella disposizione per cui il nostro articolo attribuisce questi frutti al legatario; è desso secondo noi un beneficio che compensa il legatario universale dell'essere stato privo del titolo di erede testamentario, il Codice che in difformità del dritto romano gli negava gli onori di tal qualità, ha voluto almeno dargliene i vantaggi pecuniari. Se tal dritto ai frutti dal giorno della morte non fosse un privilegio eccezionale, ma un dritto rigoroso, come potrebbe svanire per ciò solo che il legatario non l' abbia domandato entro l' anno? Un sì facile decadimento si comprende per un beneficio accordato in favore, e contro a' principî; ma non si comprenderebbe per un dritto stretto. — Adunque il legatario universale per una benigna eccezione consegue i frutti decorsi dal dì della morte, quando li abbia domandato innanzi di spirar l'anno; e dall' esser questa una eccezione che non è stata riprodotta per il legatario a titolo universale, inferiamo con Coin-Delisle, che quest'ultimo non ha mai dritto ai frutti che dal giorno della domanda di rilascio, come il legatario particolare.

104. Del resto è evidente che il legatario universale o a titolo universale, non pagherà gl' interessi dei debiti che sono a suo carico, se non dal giorno in cui avrà il godimento; essendo carico dei frutti l'interesse dei debiti.

1006 (932). — Quando alla morte del testatore non vi saranno eredi ai quali la legge riservi una quota parte de' suoi beni, il possesso dei medesimi, seguita la morte, passerà *ipso jure* ed immediatamente nel legatario universale, senza che sia tenuto a domandarne il rilascio.

SOMMARIO

I. In mancanza di eredi legittimari il legatario universale è di pieno dritto investito della eredità.

II. Ma egli non diviene perciò erede propriamente detto: dissenso con Demante e Coin-Delisle.

III. Quando il defunto lascia avi e fratelli o sorelle, il legatario universale, rimane investito tranne che i fratelli o sorelle rinunziino; confutazione della dottrina di Delvincourt e Coin-Delisle.

I. — **105.** Abbiamo veduto che il Codice tuttochè neghi al legatario universale che concorra con un erede legittimario, il titolo di erede, gliene accorda i beneficii, consentendogli dal giorno stesso della morte del testatore i frutti della frazione ereditaria che gli appartiene: la legge che toglieva al testatore il dritto di fare *eredi*, doveva lasciargli quello di dar pienamente il suo disponibile, interessi e capitale. Ciò ha fatto l'articolo precedente, dacchè accordando all'erede, il quale concorra con un legatario universale, il possesso legale di tutta la eredità fino al rilascio (il qual possesso dovrebbe assicurargli tutti i frutti sino a quel tempo) abilita il legatario a farsi rilasciare i frutti prodotti dalla sua porzione.

In questo sistema con cui lo ripetiamo, si è voluto togliere alla istituzione per testa-

mento i soli *onori* della eredità, ma non già i vantaggi pecuniari, il legatario universale chiamato all'intera eredità in mancanza di eredi legittimari, doveva dunque conseguir tutti i frutti senza che alcuna particella della eredità fosse rimasta allo erede non legittimario. Ma dacchè in tal caso l'erede del sangue nulla dovea conseguire dei beni ereditarî, sarebbe stato affatto inutile e irrilevante il lasciargliene il possesso legale: a che giovava allora mantenere ed osservare nello erede un vano titolo che altro non doveva produrre, fuorchè lo imbarazzo del legatario nel venir domandando il rilascio? Non valeva meglio cancellare nella teoria legale ciò che realmente più non esisteva, e investire immediatamente il legatario col bandire non esservi in tal caso successione intestata? Ciò ha fatto il nostro art. 1006 (932), dichiarando che in mancanza di eredi legittimarî il legatario universale è immediatamente investito del possesso fin dalla morte del testatore, senza che ne abbia a domandarne rilascio ad alcuno.

II. — 106. Il vedere qui il legatario universale investito di pieno dritto, non è una ragione secondo noi per andare più in là, e dire come fan parecchi giureconsulti (massime Demante, II-378) e Coin-Delisle (art. 1003 (929)) che cessa allora di essere legatario, e diventa un vero erede (il che l'obbligherebbe al pagamento dei debiti *ultra vires bonorum*).

La *saisine*, l'investitura, non è altro che il possesso legale; e le parole « legatario investito di pieno dritto » significano semplicemente « legatario messo di pieno dritto in possesso; » per modo che la investitura del legatario universale che non concorre con eredi legittimarî, sta nello ottenere egli fin dalla morte del testatore, e per la sola forza della legge, il possesso che avrebbe dovuto domandare all'erede del sangue. Or questo dritto è sempre il medesimo in qualunque modo, e in qualsiesi tempo il dritto di possesso è effettuito; e la condizione che l'investitura dà al legatario, è semplicemente quella che in mancanza d'investitura avrebbe avuto appresso per effetto della sentenza del magistrato, o col consenso dell'erede. Il possesso accordato al legatario dall'erede o dal giudice, non lo tramuta certamente in erede; dunque il possesso che la legge stessa gli dà, lo lascia egualmente semplice legatario; il legatario *investito* è il legatario (e non altro) dichiarato *in possesso*. Così un semplice esecutore testamentario che per nulla succede al defunto, può ricevere nell'anno seguente alla morte, come mezzo di esecuzione del legato, la investitura, il possesso delle cose mobili (articolo 1026 (981)). Dunque se egli è vero che uno erede abbia sempre la investitura, non è vero, viceversa, che chiunque ha la investitura, sia perciò erede.

E se la nostra teoria è così stabilita dal ragionamento, non lo è del pari dalla disposizione formale dell'art. 1002 (928) e da' motivi ben noti della legge? L'articolo 1002 (928) dichiara che qualunque disposizione per testamento non *produrrà* mai che l'*effetto* di un *legato*; il quale articolo è stato dettato sulla domanda del Tribunato per bandire « questa idea principale » che « tutti gli effetti annessi dalle leggi romane al titolo di *erede* (testamentario) sono *interamente svaniti* ».

III. — 107. Spiegando nella nostra 1ª parte del presente volume l'art. 915 (831) al n. 2)) abbiamo stabilito la idea per altro semplice, che gli ascendenti di un defunto non han dritto ad una riserva sui suoi beni che quando son chiamati alla sua successione *ab intestato*; dovendosi evidentemente essere erede innanzi che legittimario: *prius est esse quam esse tale*. Abbiamo detto pertanto che se il defunto lasci un avo e fratelli o sorelle, il primo che non è erede, art. 750 (672 M), non può domandar riserva, e però il defunto ha potuto disporre di tutti i suoi beni; di che segue che se il defunto in tal caso abbia istituito un legatario universale, questi sarà investito di pieno dritto secondo il nostro articolo, senza che l'avo (poichè non è erede) gli possa ritogliere alcuna parte dei beni, nè costringerlo a chiedere il rilascio. Abbiamo da ultimo fatto conoscere

la contraria dottrina di Delvincourt e Coin-Delisle.

Cotesta strana dottrina fondasi sulle seguenti idee:

« Gli è vero che i fratelli e sorelle sono anteposti agli avi ad altri ascendenti, per la successione intestata; escludendoli sempre (art. 750 (672 M)). Ma gli ascendenti sono anteposti ai fratelli e sorelle per la successione testata; avendo l'ascendente una riserva che non hanno i fratelli (art. 915 (831)). Dunque non può destar meraviglia che gli avi succedano non ostante che vi sieno fratelli che non succedano; il che non potrebbe avvenire nella successione legittima. ma sì in quella per testamento » (Delvincourt). — « Quando il defunto lasciando un avo e un fratello ha istituito un legatario universale, questi in faccia al fratello è investito di pieno dritto nel punto medesimo della morte; per modo che il fratello non è erede, nè chiamato alla successione, essendone escluso nel punto che muore il testatore.

« Il fratello resta estraneo alla eredità, come se vi avesse rinunziato; nè è rimosso dalla legge stessa, come lo sarebbe stato per una volontaria rinunzia, la quale non è qui necessaria nè potrebbe farsi; dacchè il fratello spogliato affatto della eredità di cui in sua vece è stato investito il legatario, non ha alcuna cosa a cui poter rinunziare. Se non che essendo il fratello estraneo alla eredità, è dunque chiamato l'avo; e siccome costui ha una riserva, il legatario deve rispettarla (Coin-Delisle) ».

Tutto ciò, per dire il vero, è sofisma, contraddizione, e confusione d'idee; e fa meraviglia che Delvincourt e Coin-Delisle tanto sennati abbiano potuto cadervi.

108. Da prima è falso che gli avi sieno anteposti ai fratelli nella successione testata, come i fratelli lo sono ad essi in quella legittima; e che il nostro titolo delle *Donazioni* abbia posto innanzi quelli che erano posti indietro nel titolo delle *Successioni*. Il nostro titolo. come anche il titolo precedente, fa sempre andare i fratelli innanzi degli avi; nè vi ha alcun testo che chiama questi prima di quelli. In vero, gli avi *venendo alla successione* hanno un dritto più forte che quello dei fratelli (avendo una riserva che questi ultimi non hanno); ma perchè abbiano un dritto qualunque, debbono innanzi tutto concorrere alla successione, alla quale vanno sempre dopo i fratelli; l'art. 915 (831) che stabilisce la riserva degli ascendenti, anzicchè modificare l'ordine di successione precedentemente stabilito, dichiara al contrario, che la riserva sarà da loro raccolta *nell' ordine in cui la legge li chiama a succedere*.

Ed or qual sofisma, qual confusione in questa antitesi fra il nostro e il titolo precedente; fra la successione testata (in cui sarebbero preferiti gli avi) e quella legittima in cui son preferiti i fratelli?.... Forse la legge non chiama i fratelli *e gli* avi sempre ed unicamente nella successione *ab intestato*?... Forse non si parla di riserva sempre ed unicamente pei successori *ab intestato*?... Forse l'avo che vuol far ridurre un legato universale per prendere il suo quarto, nol fa come successore *ab intestato*?... Forse il capitolo 3 del nostro titolo sulla *porzione disponibile* e *la riduzione*, che appartiene alla materia *delle donazioni* per quel che riguarda i donatarî, non appartiene alla materia *delle successioni* per quel che riguarda i legittimarî?.. Forse tutto quello che si toglie ai legatarî (ovvero ai donatarî fra vivi, di cui voi non parlate, perchè si sconcerterebbe con ciò la vostra antitesi) non ricade nella successione *ab intestato*?

È similmente falso che per la *investitura* del legatario universale, i *fratelli* e le sorelle diventino assolutamente senza dritto, come se avessero rinunciato. L'erede, anche non legittimario, conserva sulla eredità, non ostante la investitura del legatario universale, un dritto eventuale, una speranza, che può esser l'oggetto di una rinunzia, cioè di riprendere la successione, se per qualunque causa mancasse il legato universale. Onde sia annullato il testamento per vizio di forma, o il beneficato rinun-

zii allo intero o ad una parte del legato, o sia riconosciuto che il legato ritenuto per universale, sia solo a titolo universale, o anche particolare, in tutti questi casi l'erede più prossimo se non ha rinunziato, sarà quello che raccoglierà; mentre se avesse rinunziato, la eredità passerebbe all' erede più remoto. Dunque finchè l' erede dell' ordine più degno di favore non abbia rinunziato, egli rimane, se occorre, capace a riprendere in tutto o in parte il patrimonio; conserva il dritto eventuale alla eredità; riempie la successione *ab intestato* spogliata al presente in vantaggio della successione testata; egli in fine è di faccia a faccia col legatario universale, e secondo che lo erede sarà o pur no legittimario, il legatario sarà o pur nò investito, e prenderà la totalità o solo una parte dei beni. Se il primo erede rinunzia, allora e solo allora vien sostituito da quello dell' ordine seguente; e se il nuovo erede è legittimario, mentre l'altro non lo era, il legatario universale a cui si era prima conceduta la investitura, non l'avrà più, e dovrà domandare il rilascio al novello erede (il quale secondo l'art, 785 (702) si reputa esserlo stato sempre) lasciandogli altronde la sua riserva.

Ecco ora a che si restringe il sistema contrario: « Il legatario universale essendo qui di fronte *al fratello* che non ha riserva è *dunque investito* (ciò è vero); —ma essendo investito il legatario, il fratello è dunque rimosso, e diventa estraneo alla successione, come se vi rinunciasse (ciò, e quel che segue è falso); ma divenendo estraneo il fratello, il legatario non è dunque di fronte a lui, ma *di fronte all' avo*; ora essendo il legatario in faccia all'avo che ha dritto ad una riserva, *non è dunque investito* ». Ciò, come scorgesi, vale il medesimo che dire essere il legatario in faccia all' avo, perchè è in faccia al fratello; ed essere investito perchè è pienamente investito !!!

109. Eccovi ora la teoria della legge. Onde conoscere se il legatario universale sia o pur nò investito, bisogna riguardare se lo erede a cui è fatta la chiamata *ab intestato*, sia o pur nò legittimario (art. 1004, 1006 (930, 932))—Allorchè il *defunto* lascia un avo ed un fratello, la eredità intestata è devoluta al solo fratello (art. 746, 750 (668-669-672 M); ma questi non ha riserva; dunque in tal caso il legatario. è investito. Se dopo la investitura operata di pieno dritto fin dalla morte, il fratello rinunziasse, siccome lo effetto retroattivo della rinunzia fa riguardare l'uno come non fosse stato mai erede, e l'altro come se lo fosse stato *ab initio* (art. 785 (702)) il legatario si reputa essere stato in faccia all'avo; ed essendo questi legittimario (art. 715 (635)), il legatario non sarebbe stato investito.—Ma finchè il fratello non rinunzia, la chiamata legale è diretta a lui solo (per gli effetti che essa potrà produrre)- Dunque finchè il fratello non abbia rinunziato, il legatario è in faccia a lui, e non già dell' avo; dunque sino alla rinunzia il legatario conserva sempre la investitura (1).

1007 (933 M).—Qualunque testamento olografo, prima che abbia esecuzione. sarà presentato al presidente del tribunale di prima istanza del distretto in cui si è aperta la successione. Questo testamento sarà aperto, se è sigillato. Il presidente stenderà processo verbale della presentazione, dell' apertura o dello stato del testamento di cui ordinerà il deposito presso un notaro da lui deputato.

Se il testamento è nella forma mistica, la sua presentazione, l'apertura, la descrizione e deposito saranno fatti nella stessa maniera; ma l'apertura non potrà farsi, se non in presenza di quei notari e testimoni che hanno segnato l'atto di soprascrizione, i quali si troveranno nel luogo, o che vi saranno chiamati. *

(1) Grenier (n. 572); Toullier (V-114); Vazeille (art. 915 (831), n. 3). Poujol (art. 1004 (930). n. 9) e specialmente Duranton (VIII-310 e 311, IX-193).

* Il corrispondente art. 933 dice:
Qualunque testamento olografo, prima che abbia esecuzione, sarà presentato al giudice del

110. Il presente articolo non è logicamente collocato perchè tratta di testamenti olografi o mistici, che contengano *qualunque* disposizione (universale, a titolo universale, o particolare) ed è scritto ne bel mezzo della sezione consacrata ai so legati universali. Tal difetto di metodo spiegasi di leggieri; siccome il legislatore

circondario in cui si è aperta la successione. Questo testamento sarà aperto, se è sigillato. Il giudice stenderà processo verbale della presentazione dell' apertura e dello stato del testamento, di cui ordinerà il deposito presso un notaio da lui destinato. Se il testamento è in forma mistica, la sua presentazione, l' apertura, la descrizione e il deposito si faranno nella stessa maniera; ma l'apertura non potrà farsi se non in presenza, o almeno dopo la chiamata di quei notai e testimonî che segnarono l' atto di soprascrizione, e che si troveranno nel luogo.

—Rescritto 11 giugno 1831.—L'art. 933 accorda per verità la scelta del notaio al giudice, ma questa scelta non può nè deve essere arbitraria. La legge suppone nel magistrato un uomo di probità e di giustizia. Il voto del testatore dee quindi prevalere, semprechè una giusta causa non concorra, la quale altrimenti persuada. Chi più interessato di lui alla conservazione delle sue ultime disposizioni? Così una giusta causa può aversi a variar di notaio nel caso che il testamento non si fosse dal testatore depositato nel luogo dell'apertura della successione; l'interesse degli eredi può richiedere che si conservi presso un notaio di questo luogo, ove facile riuscisse l' osservarlo. Il rispetto al giudizio del testatore è pure ne' principî regolatori della Legge sul notariato, e nei giusti riguardi a' sistemi di famiglia, che amano riunire presso unico notaio tutte le carte di loro interesse, locchè ne agevola la ricerca nel rapporto individuale e nel rapporto de' terzi.

—Rescritto 16 novembre 1834.—S. M. ha ordinato—1. che il notaio non debba distendere atto di deposito del testamento olografo o mistico, che gli consegna il giudice per conservarlo, bastando che il notaio alllighi a' suoi atti la copia del verbale fatto dal giudice, in cui ne ordina il deposito presso di lui, ed il testamento nel verbale stesso indicato;—2. che per memoria debbansi riportare ne' repertorî de' notai i testamenti olografi o mistici che loro sono dati a conservare dal giudice·—3. che i testamenti mistici si debbano registrare nel libro degli atti autentici, e che nel libro degli atti privati si debbano registrare i testamenti olografi;—4. che pei testamenti il dritto di archivio sia il minimo, ovvero quello di un carlino, se dai medesimi non apparisca il valore della eredità, e si debba il dritto graduale se il testamento, l' inventario od altra carta possa prontamente mostrare il valore de' beni; — 5. che il diritto minimo, o quello di un carlino, sia pure dovuto pe' rogiti contenenti convenzione od obbligazione, delle quali non si precisi l' ammontare. Sarà dovuto però il diritto graduale, se possa prontamente liquidarsi il valore delle convenzioni anzidette.

—Ministeriale del 23 febbraio 1839. — « Giusta l' art. 933. L. C. la esibizione, l' apertura del testamento olografo o in forma mistica debbono aver luogo presso il giudice di circondario in cui si è aperta la successione. Da ciò il dubbio, se la disposizione, di che trattasi, possa e debba ritenersi in termini affatto esclusivi della competenza di ogni altro giudice di circondario. All' uopo si è osservato, che la garentia della legge alle disposizioni dei defunti è particolarmente nel rispetto al dritto di proprietà; che così ogni dubbio possa insorgere sull'oggetto, debb' essere risoluto in modo, che questa garentia rimanga assicurata anzicchè contraddetta; che se il testamento di alcuno, trovandosi in sito disparato dal suo domicilio; dovesse sempre ed in ogni caso pe' correlativi adempimenti adirsi il giudice di circondario del domicilio; potrebbe talora rischiarsi, come è facile presentire, di compromettere la esistenza, o la inalterabilità del testamento istesso, come per accidente fortuito o per l' altrui malizia nel corso del viaggio. Che nella specie di testamento in forma mistica, dee prendersi ancora in considerazione la necessità di chiamare altrove il notaio ed i testimonî; lo che quando vi abbia grande distanza, a prescindere da un maggiore *dispendio*, potrebbe in alcun caso far mancare il ministero notariale, ch' è di pubblico interesse nel comune fissato al notaio per la sua residenza. Che per l'art. 955 pr. civ. è dato in generale al giudice di circondario che procede all'apposizione dei sigilli verificare lo stato del testamento, che si ritrovi, ed ordinarne il deposito presso un notaio, senza che per ciò occorresse alcun rinvio; che cotesta apposizione non avviene nel solo domicilio del defunto; che così avvicinando tra loro l' art. 933 L. C., e l'art. 955 pr. civ. è chiaro, che il precetto compreso nel primo di questi articoli non sia assoluto. Che d'altronde la legge non può, e non dee precedere che a' casi ordinarî: che la morte di alcuno fuori il suo domicilio non è nella serie degli avvenimenti ordinarî della vita, per lo motivo soprattutto, che per le affezioni del cuore umano ciascuno non può avere che grandissima premura a non lasciare il luogo ove ha la somma delle sue cose; che poi non sempre può essere interamente esplicito, se il domicilio del defunto sia piuttosto in un luogo, che in un altro. Che nell' intelligenza vuolsi dare allo art. 933 L. C. avrebbe prima a definirsi in linea di quistione pregiudiziale quale fosse il domicilio del defunto; lo che sarebbe non uniforme a precetti della legge, e seco trarrebbe gravissimi inconvenienti: che non s' incorre certamente in nullità di atto, se l' esibizione l' apertura, ec. del testamento avvengono presso un giudice diverso da quello del domicilio del defunto; che perciò non vi ha luogo ad incompetenza assoluta. Che la L. 23 C. *de test ord.* avvalora sempre più queste idee; che però non debb' essere alla discrezione delle parti adire senza legittimi motivi un giudice diverso da quello del domicilio del defunto; che anzi per lo principio notissimo che ciascuno funzionario dee concorrere alla esatta esecuzione della legge, un giudice di circondario, che fosse irregolarmente adito, dee ricusare il suo ministero. »

stando per indicare (come vedremo coll' art. seguente) le condizioni sotto di cui il legatario universale, quando sia chiamato da un testamento olografo o mistico, può ottenere in fatto il possesso che la investitura gli conferisce in dritto, e siccome alcune di esse condizioni son necessarie onde eseguirsi tutti i legati, anche particolari, contenuti in quelli testamenti, parve cosa semplice collocar qui come in parentesi tal regola, comune a tutti i testamenti, olografi o mistici, anzichè farne una sezione a parte.

Tali condizioni, come si vede sono: 1. la presentazione del testamento olografo o mistico al presidente del tribunale; 2. la apertura che ne farà il presidente che stende verbale dello stato in cui l'atto si trovi; 3. il deposito fra le minute del notaro destinato con ordinanza del presidente. Essendo mistico il testamento si devono chiamare alla apertura quelli notari e testimoni che hanno firmato la soprascritta, se fossero ancora viventi e dimoranti nei luoghi.

1008 (934 M). — Nel caso dell'art. 1006 (932) se il testamento è olografo o mistico, il legatario universale sarà tenuto di farsi immettere nel possesso, con un decreto del presidente steso appiè dell'istanza, cui sarà unito l'atto del deposito. *

SOMMARIO

I. Essendo il testamento mistico o olografo, il legatario investito deve farsi immettere in possesso di fatto da una ordinanza del presidente. L'ordinanza, accordi o neghi la immissione in possesso, può essere attaccata dall'erede o dal legatario.

II. Dopo l'ordinanza di immissione, l'erede non censurando l' ordinanza, può sempre impugnare il testamento: spettando al legatario provarne la validità; dissenso con Toullier, Duranton, Coin-Delisle, Chauveau e con moltissime decisioni.

I.—**141**. Quantunque il legatario universale fin dalla morte del testatore sia investito dalla stessa legge, cioè *ipso jure* del dritto di possesso, pure non gli è sempre lecito mettersi ei medesimo nel possesso di fatto. Egli lo può, quando il suo testamento è per atto pubblico; ma se l' atto è mistico o olografo, egli deve prima adempire le condizioni indicate dal precedente articolo e presentare poi al presidente; 1° l'atto giustificante il deposito fatto presso il notaro; 2° una domanda che tenda a farsi immettere nel possesso; ed otterrà il possesso di fatto mercè una ordinanza scritta in fine della domanda.

Di certo il presidente a cui è stata fatta domanda d'immissione in possesso, deve accordarla con conoscenza di causa, non potendo essere lo strumento passivo e cieco del primo pretendente venuto.

Senza entrare nel merito delle cose, nè occuparsi di validità (intorno a che la contesa fra il preteso legatario e gli eredi sarebbe agitata innanzi l' intero tribunale), egli deve assicurarsi che l'atto abbia almeno l' apparenza di un testamento valido, e che contenga un legato universale. Se, per modo di esempio, un supposto testamento olografo non fosse scritto tutto della stessa mano, o vi mancasse la firma o la data, ovvero se il legato che contiene fosse certamente a titolo universale o particolare, egli è manifesto che dovreb-

* L'articolo 934 delle leggi civili è così concepito:
Nel caso dell'articolo 932, se il testamento è olografo o mistico, l'erede instituito o il legatario universale sarà tenuto di farsi immettere nel possesso con una ordinanza del giudice del circondario stesa appiè della istanza, cui sarà unito l'atto del deposito.

—Il giudice di circondario, dopo di aver accordata ordinanza d'immissione in possesso de' beni ereditari all'erede in forza di testamento olografo, non può emettere seconda ordinanza a favore di altro erede portatore di altro testamento olografo, benchè di data posteriore al primo. — Corte suprema di Napoli. 20 aprile 1847.

be negarsi la ordinanza, salvo al legatario che si pretenderebbe leso il chieder giustizia avanti il tribunale. Ma gli eredi possono per parte loro impugnare l'ordinanza che accorda la immissione, perchè non bene a proposito consentita.—Durante il piato intorno al possesso, i beni che ne sono l'obbietto possono venir confidati fino al termine della causa, alla custodia di un terzo secondo l'art. 1961-2° (1833-2°), il quale dichiara « che il magistrato può ordinare il sequestro degli immobili di cui la proprietà o il possesso sia conteso fra due o più persone ».

II.—112. Quando gli eredi riconoscono che la immissione in possesso è debitamente ordinata, cioè che il testamento non offra alcuna apparente nullità, alcun vizio di forma evidente, possono sempre impugnare il testamento per questa o quella causa; per modo di esempio, col pretendere che la scrittura o la firma del testamento olografo non appartenga al loro autore. Ma in tal caso a chi mai incomberà l'obbligo della pruova? Dovrà forse l'erede stabilire la invalidità del testamento, o il legatario la sua validità? Così spetta all'erede provare che la scrittura non sia del suo autore, ovvero al legatario che da quello provenga? È questa una quistione che da quaranta anni ha diviso la dottrina e la giurisprudenza; e dove gli scrittori più recenti l'han risoluto in favore dell'erede, essa è stata contro di lui decisa dalle ultime decisioni della Corte di cassazione (1).

Abbiamo sempre opinato e opiniamo ora più che mai, non ostante le decisioni della Corte suprema, che spetti al legatario la prova che il suo titolo sia sincero. Il testamento olografo in fatti è un atto in carta privata. Quindi va soggetto a verificazione la scrittura (art. 1323, 1324 (1277, 1278)), nè deve essere impugnato con la iscrizione in falso. Ora gli è incontrastabile che in ogni verifica di scrittura tocca a colui che vuol prevalersi dell'atto il provarlo sincero, a colui che è attore nella verifica, quando pure fosse convenuto in principale nel piato che dà occasione a quella verifica. Ciò non è dubbio in faccia agli art. 1323 (1277) Codice civile, e 199 (293) Codice di procedura. In ciò sta la quistione; ma noi dobbiamo passare in rassegna le moltiplici obbiezioni che successivamente si son dirette contro tal dottrina.

113. 1° Si è cominciato dal sostenere che il testamento olografo dopo la *ordinanza* per cui si è depositato presso un notaro, debba riguardarsi come atto autentico, e tale quindi da non potere più essere impugnato che con la iscrizione in falso, nella quale spetta a chi lo impugni far la prova (Torino, 1809; Caen, 1812). Ma cotesta idea non poteva sostenersi in faccia sia dell'art. 1317 (1271) che riconosce solo come atti autentici quelli che sono stesi da *pubblici ufficiali*, sia dell'art. 999 (925), il quale dichiara il testamento olografo *atto sotto firma privata*. Siccome un atto non potrebbe mutare indole, per esser depositato in questo o quel luogo, si è abbandonato tale argomento, che censurato dalla decisione della Corte suprema del 1816 non si è mai più riprodotto.

2° Si è detto poi (specialmente dalla

(1) Contro l'erede Toullier (V-503), Grenier (*Donazioni*, I-292, *Quest.*), Duranton (IX 46), Chauveau (*sopra Carrè*, *Quest.*, 799), Favard (*Rep.*, V, p. 565), Coin-Delisle (art. 1008 (934), n. 17 e 18), Bonnier (*Prove*, num. 575), Torino, 10 gen. 1809; Caen, 4 aprile 1812; Rig., 28 dicembre 1824; Rig., 10 ottobre 1825; Bourges, 16 luglio 1827; Rennes, 16 giugno 1833; Cassazione, 23 marzo 1843; Poitiers, 11 ottobre 1846; Rig., 9 novembre 1847; Cassaz., 13 marzo 1849, Rig., 23 gennaro 1850 (*J. du P.*, 1843, 2, 30; 1846, 2, 619; 1848, 1, 338; 1849, 1, 642; 1850, 2, 485).

Contro il legatario; Merlin (*Rep.*, alla parola *Test.*, sez. 2, § 4, art. 6, n. 5) Vazeille (art. 1008 (934 N), num, 7), Boncenne (III, p. 455). Dalloz (*alla parola Disposizione fra vivi*, cap. 6, sez. 3, art. 5), Coulon (*Quest.*, I 368); Toullier (IV, p. 140); Zachariae (V, p. 86-87): Duvergier (*sopra Toullier*), Colmar, 12 luglio 1807; Bruxelles, 21 giugno 1810; Metz, 3 marzo 1815; Rig., 13 nov. 1816; Bourges; 4 aprile 1827; Montpellier, 16 giugno 1827; Rig., 11 nov. 1829; Bourges, 10 marzo 1834; Lione, 11 marzo 1839; Tolosa, 16 nov. 1839; Aix, 12 giugno 1840; Besanzone, 23 marzo 1842; Rennes, 28 ottobre 1847 (*J. du P.*, 1839, 2, 361; Dalloz, 4, 20, 81; Devill., 42, 2, 205).

decisione di Rennes del 1835), che se il testamento è un atto privato, esso almeno è di una specie particolare, e non possono applicarglisi gli articoli 1322-1324 (1276-1278) dettati per le convenzioni. Se non che il sistema contrario si condanna qui per una doppia contraddizione. Da una mano se gli art. 1322-1324 (1276-1278) non fossero applicabili al testamento olografo, non potrebbe darsi luogo per esso alla semplice verificazione della scrittura, ma solo alla iscrizione in falso; ma gli avversari vogliono il contrario. D'altra mano questi articoli non sono solo applicabili alle convenzioni, dacchè vi van pure soggetti i testamenti che contengono legati particolari o a titolo universale, ed anche quelli che contengono legati universali in faccia ad eredi legittimari o finchè non vi sia stata ordinanza d'immissione in possesso.

3° Si è detto (Bonnier) che la legge non aveva potuto lasciare il legatario nell'obbligo di provare la sincerità del testamento dopo molti anni, e in un tempo in cui han potuto mancare i mezzi di prova. Ma chi non scorge essere cotesta obbiezione *per tutti gli atti in carta privata*, ed aver per effetto che si cancellino dal Codice gli art. 1322-1324 (1276-1278)? Chi non scorge pure che il beneficato dell' atto privato avendo qualche timore può prevenire provocando egli stesso la verifica o il riconoscimento del suo atto?

4° Toullier, Duranton, Coin-Delisle e Chauveau e con essi le decisioni della Corte suprema dicono, che essendo nel possesso dei beni il preteso legatario che abbia ottenuta la ordinanza di immissione, la qualità di attore è nel preteso erede che lo impugna, e quindi l'obbligo anche in lui di fornir la prova. Ma si sconosce qui uno dei più elementari principî, e il riprodursi sempre di questa strana idea riesce veramente strano in faccia alla confutazione che più volte le si è fatta. Sì, senza dubbio il preteso erede è attore principale, e deve quindi far la prova *della domanda*, ma al convenuto spetta a sua volta far la prova di *eccezione*; ma noi parliamo appunto di quest'ultima. Senza fallo colui che pretendesi legittimo erede, deve provare la sua qualità (se vien negata); ma provata (o riconosciuta tal qualità) quello che pretendesi investito di altra qualità che distrugga la prima, di legatario universale, deve a sua volta provare tal qualità. Di certo *ACTORI INCUMBIT probatio*, ma anche *reus excipiendo fit ACTOR*.

5° Chauveau, che almeno ha inteso quanto sia giusta la confutazione, imprende schivarla con dire, che il preteso legatario non diverrà attore nella eccezione, non opponendo alcuna difesa. Ma è questa la prova migliore d' esser falso il sistema. Imperocchè è manifesto, che se il possessore di una cosa in faccia a quello che lo attacca provando il suo dritto a quella cosa, dicesse solo (invece di trarre argomento di un dritto maggiore) di non aver nulla a rispondere, egli sarebbe necessariamente evitto. Quando l' attore ha provato o fatto riconoscere il suo titolo di erede legittimo, il convenuto può solo respingerlo sostenendo d'essere erede testamentario; e siccome il primo ha dovuto provare nel caso di contestazione la pretensione per cui attaccava, deve l' altro provare quella per cui si difende.

6. Si dirà, come fa Coin-Delisle e le decisioni di cassazione, che dall'essere il legatario universale investito di pieno dritto dallo art. 1006 (932) e dal non poter coesistere due investiture, conseguiti, che per ciò solo che esista l'erede per testamento perda la sua qualità il legittimo? Ma invero è troppo evidente la petizione di principio. Senza dubbio, son reali le conseguenze che si attribuiscono alla esistenza di un erede testamentario; ma si tratta appunto di conoscere se esista cotesto erede, se sia legatario colui che tal si pretende, se sia un testamento l'atto che come tale ei presenta! L' erede legittimo sostiene non esservi testamento, non legatario universale, non investitura, e il fatto da cui voi partite è appunto quello che dee discutersi.

7° Si dirà da ultimo, sempre con le decisioni di cassazione, che il testamento olografo sia un atto *sui generis*, di *speziale*

natura, e che abbia una *forza di esecuzione tutta propria*, che la legge qui sanzioni provvisoriamente semplici probabilità e apparenze; e che movendo dalla idea (proposta nella discussione al Consiglio di Stato) di esservi più testamenti olografi veri, che falsi, essa dà effetto all'atto prima di qualunque giustificazione e preliminarmente? Ma siccome noi lo dicevamo nelle nostre difese quando si profferivano le decisioni del 13 marzo 1849, e del 23 gennaro 1850, è uopo determinare questo effetto provvisoriamente accordato dalla legge, e indagare in che consista questa forza di esecuzione particolare. Or qui nella *forza di esecuzione* del testamento, v' ha questo di particolare, che secondo l'articolo 1008 (934) quell'atto permette al legatario che innanzi qualunque discussione è per mezzo di una semplice ordinanza contraddittoria si faccia immettere *nel possesso* dei beni, per modo che cotesta idea riesce pure allo esame della influenza del possesso sulla quistione di prova che noi abbiamo sopra fatto (4° e 5°).

114. Adunque il preteso legatario universale avrà, per mezzo della ordinanza di immissione in possesso, il vantaggio di non dover fare la prova *della domanda* (il che è molto, perchè se nella discussione fra il preteso legatario e il preteso erede legittimo, entrambi fossero rispettivamente non in istato di provare rigorosamente la loro pretensione, avrebbe vinto la causa il preteso legatario per il solo effetto del suo possesso); ma fatta questa prova, tocca al legatario fornir la prova di difesa: *ACTORI incumbit probatio , reus excipiendo fit ACTOR* (1).*

(1) Si può leggere per maggiore sviluppo il nostro articolo della Revue de droit *français* (1847, p. 933), ed anche la Revue critique (1851, p. 277).

* Troplong. *Donaz. e Testam.*, n. 1500.

« Ora poniamo il legatario universale a fronte di un erede del sangue non riservatario.

» Si vedrà dall'art. 1008 (934) C. Nap. che il legatario universale in virtù d' un testamento olografo o mistico è tenuto a farsi immettere in possesso con una ordinanza del presidente. Quest'ordinanza d'immissione in possesso è stata prescritta dalla legge per dare al testamento olografo o mistico l'esecuzione parata che gli manca; essa ha per iscopo di unire all'investitura di dritto (articolo 1004 (930)) il possesso di fatto, il possesso effettivo, cui il legatario non può assumere in virtù d'un atto che, ad onta della solennità sua, è però un atto privato ; essa è un mezzo di proteggere il dritto di parenti interessati e di rassicurare la società.

» Perciò gli eredi del sangue possono intervenire per opporsi all'immissione in possesso, ed, in tal caso, la loro dichiarazione di non riconoscere la scrittura del defunto può bastare secondo l'apparenza delle circostanze, per arrestare l'immissione in possesso, e quindi porre il legatario universale nella necessità di far verificare la scrittura del testamento. Il che può essere eziandio (sempre a tenore della verosimiglianza e della gravità delle circostanze) allorchè gli eredi naturali fanno opposizione all' ordinanza d' immissione in possesso : la loro opposizione può prodursi innanzi al tribunale con un carattere tale di verosimiglianza da rimettere in questione la immissione in possesso, tenerla in sospeso , e far si che il legatario universale non possa ottenerne il mantenimento, se non provando che il testamento è pure irrecusabilmente di mano del defunto. Ma egli è non men certo, a norma della giurisprudenza, essere il giudice chiamato a ponderare, co' suoi lumi e nella sua coscienza, la forza del disconoscimento della scrittura da parte dell' erede naturale , e poter egli , ove l' impugnazione *gli* sembra vaga, dubbia o avventata, senz'attendere *la* verificazione che ulteriormente si farà, o immettere il legatario in possesso con un' ordinanza resa conformemente all'art. 1008 (934) ovvero mantenerlo nel benefizio dell'ordinanza, già anteriormente emessa e colpita d'opposizione.

» Allora il legatario universale possiede in virtù d' un titolo che dee provvisionalmente essere rispettato e serba l'investitura di fatto *(saisine)* sintanto che gli eredi del sangue non abbiano stabilite le lor pretensioni. Ciò accade parimente, quando l' immissione in possesso è stata ordinata senza procedura contraddittoria, a sola istanza del legatario universale e senza opposizione. Quest'ordinanza è un atto che ha dato al testamento un'esecuzione parata; quando poi vien l'erede del sangue ad esercitare la petizione d'eredità, e l'azion di rilascio, incontra in questo precedente il principio d'un possesso che rovescia su di lui tutto *il* peso della prova.

» Quindi segue che l'erede del sangue, ridotto a domandare il rilascio della successione ad un legatario , che possiede legalmente , non *l' otterrà* (salvo probabile sorpresa) se non provi *che la scrittura* non è punto del solo autore. Dappoichè non con un dubbio espresso nè tampoco con una negazione farà egli cadere il possesso di dritto e di fatto, di cui il suo avversario ha il benefizio. Gli è ciò che ha deciso con varî arresti la Corte di cassazione. Ed ecco l' epilogo della sua giurisprudenza.

» Il testamento olografo è investito dalla legge di un carattere, e d' una forza d' esecuzione che gli sono peculiari , dando essa il possesso di pieno dritto al legatario universale in tal forma investi-

1009 (935). —Il legatario universale che concorrerà con un erede, cui la legge riserva una quota parte dei beni sarà tenuto per i debiti e pesi dell' eredità del testatore, personalmente per la sua quota o porzione, e ipotecariamente per il tutto; e sarà tenuto di soddisfare tutti i legati, salvo il caso di riduzione, come è stato dichiarato negli articoli 926 e 927 (843 e 844).*

145. Il legatario universale che deve soddisfare per intero i pesi ereditarî (fino alla concorrenza dei beni) quando raccolga tutta la eredità perchè manchino eredi legittimarî, ne deve solo una parte, quando la concorrenza di eredi legittimarî non gli fa avere che una parte del patrimonio. Così prendendo un quarto dei beni perchè il defunto lascia tre o più figli, i quali tutti accettano la eredità, egli è tenuto ad un quarto di debiti; se concorre alla eredità un sol figlio, e il legatario abbia la metà dei beni, questi sarà tenuto alla metà dei pesi, e così via. È la conseguenza necessaria e spesso manifestata di queste due idee: 1° che il legatario universale chiamato alla universalità dei beni raccoglie o la totalità o una quota della universalità; 2° che il patrimonio di uno, l' universalità dei suoi beni non altro è, se non se tutte le sue entrate scemate di tutte le uscite.

Il legatario universale che prende solo tutto il disponibile, è tenuto egli solo al pagamento dei legati, che debbono venir soddisfatti non già su tutti insieme i beni, ma sopra la parte disponibile di essi; se non che quando il suo legato universale viene ridotto, la legge consente che egli faccia soffrire proporzionalmente una riduzione agli altri legati (art. 926 (843)).— Siccome il legatario universale è quello chiamato a tutti i beni, e la concorrenza di un erede legittimario gli vieta di conseguirli tutti, sembra che la concorrenza di un legittimario produrrà necessariamente e sempre una riduzione; nè si comprende che il nostro articolo nel prevedere tal concorrenza possa dire, che il legatario soddisferà tutti i legati, *salvo il caso di riduzione*. Noi abbiamo già soluto tal difficoltà con fare osservare che il legato può essere universale, essendovi la chiamata non a tutti i beni, ma ai soli disponibili. Il legatario allora, sebbene abbia dritto eventualmente a tutto il patrimonio, è chiamato formalmente al disponibile, e la concorrenza di uno o più legittimarî gli lascia tutta questa porzione, quindi non vi ha più riduzione, talmente che un legatario universale concorrendo pure con legittimarî non soffre riduzione in tutti i casi (vedi art. 1003 e art. 926, n. 3 (929 e 843)).

SEZIONE V.

DELLA SOSTITUZIONE VOLGARE.**

— (936).

— (937).

to, quando non ci ha erede riservatario. A questa investitura di dritto accoppiasi il possesso di fatto in favore del legatario universale che ha adempito alle condizioni richieste dagli art. 1007 e 1008 (933 e 934). Or, riuniti il possesso di dritto, ed il possesso di fatto, a coloro che vogliono impugnarli rovesciando il titolo incombe di provarne il vizio, giusta la massima: *Onus probandi incumbit ei qui dicit.*

» Confesso che questo ragionamento sembra a me di tanta forza ch'io non veggo cosa vi si possa rispondere ».

* Nel corrispondente art. 935 delle leggi civili è detto:

Il legatario universale o l'erede istituito che concorrerà, ecc.

L' erede deve pagare indeminuto il legato, e nella quantità stabilita nel testamento, diminuisca o si accresca in qualunque modo la eredità. C. S. di Napoli 23 gennaro 1844.

** Le nostri leggi civili hanno aggiunto al capo V del presente titolo le sezioni V, VI. e VII, delle quali le due prime trattano delle *sostituzioni*, mentre il Codice francese se n' era occupato in quattro soli articoli 896 a 899. La sezione VII, svolge ampiamente la materia dei *majoraschi* che furono pure introdotti in Francia, dopo promulgato il Codice, col senato consulto del 14 a-

— (938).

— (939).

— (940).

SEZIONE VI.

DELLA SOSTITUZIONE FIDECOMMISSARIA.*

— (941).

— (942).

— (943).

— (944).

— (945).

gosto 1806 e il decreto del 1 mar. 1808.

Della sostituzione volgare.

936. Può all' erede istituito, al donatario o al legatario sostituirsi una terza persona nel caso che alcuno di essi non conseguisse la eredità, la donazione o il legato.

Questa disposizione vien detta sostituzione volgare.

937. Possono sostituirsi nel modo indicato più persone ad una sola, ed una sola a più.

938. Se nella sostituzione è espresso il solo caso che il primo chiamato non possa o che non voglia conseguire la eredità, la donazione o il legato, l' altro caso s' intenderà tacitamente incluso; purchè il disponente non abbia spiegato il contrario.

939. I sostituiti dovranno adempire i pesi imposti a coloro a' quali sono sostituiti; purchè non apparisca la volontà del testatore di aver inteso limitare que' pesi alla persona de' primi.

Nondimeno le condizioni prescritte alla istituzione, alla donazione, o al legato, non si presumeranno ripetute nella sostituzione, se non che quando ciò sia stato espressamente dichiarato.

940. Se tra più coeredi, donatarî o legatari a parti disuguali, sarà ordinata una sostituzione volgare reciproca, la proporzione fissata nelle quote della prima disposizione si presumerà ripetuta anche nella sostituzione. Se poi nella sostituzione insieme co' primi nominati è chiamata qualunque altra persona, la parte vacante apparterrà a tutti i sostituiti egualmente.

Della sostituzione fidecommissaria.

* 941. Qualunque disposizione colla quale il donatario, l'erede istituito o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona, sarà detta sostituzione fedecommessaria (a).

(a) Rescritto 17 ottobre 1822. — Considerato che i monti di famiglia allorchè sien diretti a provvedere di doti le donzelle nobili, e di soccorsi i giovani, che si avviano per una nobile carriera sono capaci di accrescere il decoro delle famiglie, e quindi la istituzione di siffatti monti non solo diviene utile nello interesse delle famiglie stesse, ma serve ancora a conservare nel suo splendore la nobiltà, che forma il principale sostegno ed ornamento della Monarchia.

Considerato che tutte le particolari controversie sullo scioglimento de' monti di famiglia, non riguardando che interessi privati, sono essenzialmente sottoposte alla decisione dei tribunali ordinarî. E finalmente osservato che la dimanda avanzata dagli interessati al monte delle ventinove famiglie per la ripristinazione di esso, debba riputarsi come una anticipazione all' articolo generale della novella istituzione de' monti familiari. — Per questi motivi S. M. si è degnata disporre 1° che sia compilato un progetto di legge sulla novella istituzione de' monti familiari, la quale nell'atto che non si opponga ai principî delle leggi comuni in vigore, contenga poi quelle competenti eccezioni, che sien conformi alle disposizioni stabilite pe' majoraschi, e quella de' monti di famiglia essere unisone, e concorrere alla stabile conservazione della nobiltà del Regno, con provvedere particolarmente al decente mantenimento di tutti gli individui di famiglia; — 2. che sieno lasciate alla decisione dei tribunali competenti le quistioni sullo scioglimento dei monti di famiglia preesistenti, togliendosi interamente la mentovata sospensione de' giudizî stabilita nel Consiglio di Stato dei 31 luglio dello scorso anno; — 3. che qualora concorra il legittimo consenso di tutti i godenti il monte delle ventinove famiglie, se ne possa eseguire il ristabilimento cogli stessi beni, che ne formavano la dote, e che quante volte vi concorra il legittimo consenso di una porzione dei godenti, il monte medesimo si possa ristabilire sulle quote de' beni, che ai godenti consensienti spettano in vigore delle leggi sullo scioglimento dei monti di famiglia, rimanendo esclusi dal beneficio di esso monte i godenti dissensienti, che preferiranno di prender le quote ad essi loro spettanti. — Ha però S. M. dichiarato, che tanto nell'un caso quanto nell' altro debban restare salvi i diritti che i terzi abbiano acquistato su i beni anzidetti per effetto della citata legge sullo scioglimento dei monti, e che debba l'enunciato ristabilimento del monte delle ventinove famiglie conformarsi alle disposizioni e condizioni, che saranno dalla M. S. sanzionate colla novella legge che sarà emanata per norma generale sulla istituzione dei monti di famiglia.

Rescritto 26 luglio 1824. — Ordina, che pe' monti

SEZIONE VII.

DEI MAIORASCHI.*

— (946).

942. Tali sostituzioni son vietate, eccetto nei casi pressamente permessi dalla legge, e salve le diosizioni riguardanti la istituzione dei majoraschi ontenute nella seguente sezione.

943. La nullità della sostituzione fedecommessaa non recherà alcun pregiudizio alla validità della onazione, della instituzione, o del legato cui sta ggiunta; restando caducate tutte le sostituzioni anhe del primo grado.

944. Non sarà considerata come sostituzione, e arà valida la disposizione tra vivi o di ultima voontà, colla quale sarà dato ad uno l'usufrutto, e d un altro la nuda proprietà (a).

— (947).

945. Il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli e le sorelle, possono sostituire ad un minore di anni diciotto, nel caso che questi muoia senza figli prima di compiere gli anni diciotto, una terza persona, ma in que' soli beni, nei quali sia stato il minore lasciato erede (b).

De' majoraschi.

* 946. È permessa la istituzione dei maioraschi nel modo e nei casi indicati dai seguenti articoli (c).

947. I majoraschi non potranno stabilirsi senza

ti famiglia, e di maritaggi ed opere pie ch' esistono in Sicilia non si faccia novità, e per la creazione de' nuovi si attenda la legge da pubblicarsi, il progetto della quale vuole la M. S. che sia accelerato.

Rescritto 19 aprile 1826. — Sulla considerazione che i monti di famiglia istituiti a soli oggetti di pietà, di beneficenza pubblica, o anche per dote delle famiglie, son diversi da quei monti destinati a rendere più durevoli le sostituzioni fedecommessarie ed i beni vieppiù vincolati, dichiara che i monti della seconda classe non sono compresi nel rescritto dei 26 luglio 1824; ed ha ordinato, che riguardo a tali monti si esegua ne' dominî oltre il Faro il real rescritto de' 17 ottobre 1822 comunicato in questa parte del Regno.

Massime della Corte suprema di Napoli:

— Quando si fa uso di parole che menerebbero a fedecommesso, ma possono interpetrarsi anche in senso diverso, dee seguirsi la interpetrazione che faccia valer l'atto. 9 dicembre 1826.

— I fedecòmmessi istituiti con atti tra vivi non si possono sciogliere con testamento, se non col consenso de' fedecommessarî. 30 ottobre 1838.

— Quando il legatario non ha obbligo di conservare e restituire, ma il solo onere per maritaggi, non si ha la sostituzione vietata. 8 luglio 1848.

— I legati perpetui riconosciuti dalle antiche leggi, non sono vietati dalle leggi attuali. 16 luglio 1850.

— Il peso imposto all'erede di dare ad una terza persona una data somma o quantità di generi non contiene obbligo di conservare e restituire, ma un semplice legato. 19 gennaro 1852.

(a) È fedecommessaria una donazione fatta per contratto di matrimonio nella quale al dono venivano chiamati in prima lo sposo e dopo sua morte i figliuoli di lui nascituri. C. Supr. di Napoli 27 febbr. 1847. Galdi e Galdi.

Conforme. — C. supr. di Napoli, 27 aprile 1847. Addrizza, Merolla e Spaccamela.

— La donazione fatta nel contratto di matrimonio agli sposi e ai figli nascituri ai termini degli articoli 1037 e seg. LL. CC. importa sempre una sostituzione, allora stesso che non si sia imposto il peso di conservare e restituire. C. supr. di Napoli 17 marzo 1853. Greco di Napoli. Rigetto.

— (b) La sostituzione permessa dall'art. 945 delle leggi civili non può estendersi alla quota di riserva. C. S. di Napoli 24 febbraro 1853.

(c) Legge 3 agosto 1818. — 1. È permessa la instituzione dei majoraschi nel modo e ne' casi indicati dalla seguente legge. — 2. I majoraschi non potranno stabilirsi senza la Nostra approvazione. — (3 a 18-V. 948 a 963 delle leggi civili a' quali sono uniformi). — 19. Sarà da' Noi destinata una autorità per lo esame delle domande di fondar majoraschi. La medesima verificherà la esistenza delle condizioni richieste per instituirli, e regolerà quindi l'esecuzione di tutti quegli atti, che potranno aver luogo a norma della presente legge, e di un regolamento particolare, che per tale soggetto sarà approvato da Noi.

Decreto 5 agosto 1818. — È approvato l'annesso regolamento relativo al modo come dovranno istituirsi i majoraschi nei nostri reali dominî al di quà ed al di là del Faro, riserbandoci di farvi in appresso quelle aggiunzioni o modificazioni che giudicheranno convenienti.

Reg. 5 agosto 1818. — Ogni individuo che vorrà formare un majorasco dovrà dirigerne a Noi la domanda. — 2. La domanda indicherà: — 1° La persona dalla quale dovrà cominciare il majorasco; — 3° La rendita di questi beni, che dovrà essere giustificata coll'estratto della matrice del ruolo delle contribuzioni fondiarie, e col certificato del conservatore dell' ufficio delle ipoteche, onde consti che i mentovati beni non sieno gravati di alcuna ipoteca, e di alcun privilegio. — 3. Tutte le carte indicate nel precedente articolo saranno da Noi rimesse per esame alla autorità che destineranno per quest'oggetto. — 4. L'esame sarà fatto, secondo lo stato del tempo in cui il majorasco sarà istituito, e come se si aprisse in quel momento la successione a' beni del fondatore; salvo ciò ch' è disposto nell'art. 13 della nostra legge di questo dì (978 II. cc.). — 5. La domanda per la instituzione del majorasco sarà fatta inserire ne' giornali del nostro Regno colla indicazione precisa de' be-

— (948).

— (949).

— (950).

— (951).

l'approvazione del Re (a).

948. Potrà dimandarsene la istituzione da que-

ni; e se ne farà affiggere l'annunzio nella Cancelleria del tribunale civile della provincia, ove esistono i detti beni. — 6. Scorso un mese dopo lo adempimento delle disposizioni contenute nell'articolo precedente, si farà seguire la trascrizione della domanda, colla indicazione dei beni nell'ufizio della conservazione delle ipoteche del luogo dove i medesimi si trovano, col pagamento del solo diritto dovuto al conservatore. — 7. Ogni creditore potrà, fra il termine di giorni quindici, da decorrere dal dì che la medesima trascrizione sarà stata fatta, valersi del suo dritto, onde inscrivere la ipoteca anteriore su i beni, che si vogliano sottoporre a majorasco. Dopo questo termine i beni diverranno inalienabili pel corso di un anno, ed incapaci fra questo spazio di tempo di esser soggetti a qualunque vincolo di privilegio o d'ipoteca. — Il conservatore delle ipoteche sarà tenuto di dare avviso de' privilegi, delle ipoteche, e degli altri gravami, che sopraggiugnesse, o fra l'indicato termine di giorni quindici. — Nel corso dell'anno i beni che si vogliono sottoporre al majorasco, dovranno esser liberati da qualunque ipoteca; salvo i casi preveduti coll' art. 12 della nostra legge di questo giorno (957, ll. cc.). — 8. Sarà usata ogni altra diligenza dalla legge prescritta, onde verificare se i beni sieno ancora soggetti ad ipoteche legali, o per liberarsi anche da queste se mai vi esistano. — 9. Si avrà particolarmente in veduta che nello istituire il maiorasco rimanga salva la quota di riserva, o sia legittima dovuta ai figli, e non sia recato alla medesima, alcun danno nè per la quantità, nè pella qualità dei beni, che debbono a tale oggetto lasciarsi liberi. — 10. Dopo le indagini enunciate ne' precedenti articoli, il parere dell'autorità da noi destinata, ai termini dell'articolo 19 della nostra legge di questo giorno, unito alla domanda ed a tutti i documenti sarà a Noi rassegnato. — 11. Nel caso che il parere non sia approvato da Noi, la domanda ed i documenti saranno restituiti all'interessato, dandosene parte ai conservatori delle ipoteche, onde la trascrizione già eseguita in forza dello art. 6 del presente regolamento sia cancellata. — 12. Quando sarà da Noi compartita alla domanda la Nostra sovrana approvazione, dovrà fra due mesi formarsi un atto autentico per pubblico notaio, in cui si contenga la istituzione del majorasco colla Nostra approvazione. Questo atto dovrà pure essere trascritto fra due altri mesi. Se durante tale spazio di tempo non sia formato l'atto autentico, o non ne sia seguita la trascrizione, il majorasco si avrà per non fatto. — 13. L'esame della necessità o utilità della alienazione di tutto il maiorasco o di una parte del medesimo, giusta l' art. 14 della nostra legge di questo giorno (939, ll. cc.) si farà dalla autorità che Noi destineremo. La medesima dovrà non solo conoscere quanto concerne il permesso dell'alienazione ma regolerà pure la esecuzione del-

gl' individui, i di cui nomi trovansi inscritti, sia nel libro d'oro, sia negli altri registri di nobiltà, è

l'atto, perchè avvenga con sicurezza a vantaggio del majorasco. — 14. La vendita dovrà effettuarsi colle solennità delle licitazioni. Il deposito del prezzo, pendente il nuovo impiego, dovrà farsi pei reali domini al di qua del faro nella tassa di ammortizzazione, e pe' reali domini al di là del faro in que' pubblici banchi, fino a che non si stabilisca una cassa di ammortizzazione. — 15. La stessa conoscenza presa intorno alla necessità o utilità dell'alienazione, sarà presa ancora pe' beni da surrogarsi. La deliberazione verrà sottoposta alla nostra approvazione. — 16. Bisognando *agli edifizj*, o ad altri stabili del majorasco, spese a riparazioni considerevoli, che eccedano la somma autorizzata dalla legge, si provvederà dal magistrato sulla *domanda* del possessore.

Rescritto 28 giugno 1820. — Considerato; *1. che* la trascrizione della domanda per la creazione *del* majorasco essendo provvisoria, e non avvalorando il trasferimento del dominio dovea dalla legge essere esentata dal pagamento del diritto fiscale, come infatti lo è stata in forza dell' art. 6. del regolamento de' 5 agosto 1818, ma non così per la trascrizione dell'atto autentico della instituzione del majorasco, la quale è definitiva, e serve ad indicare l' affezione cui i beni sono assoggettati, affezione che eguaglia a trasferimento di dominio; da poi chè il costituente non può più disporre dei beni al majorasco annessi. — 2. che nè il citato regolamento nè la legge de' 21 giugno 1819 han dispensato dal pagamento del diritto la trascrizione di cui è parola, e che non vi è alcuna ragione per accordare una tale dispensa. Dichiara che gli atti autentici della istituzione de' majoraschi di cui si parla dello art. 12 del regolamento del 5 *agosto* 1818 debbono trascriversi colla esazione tanto *dei* diritti fiscali che del salario del conservatore.

Decreto 9 agosto 1824. — Il nostro procuratore generale presso la suprema Corte di giust*izia* residente in Napoli, ed il nostro procuratore *generale* presso la suprema Corte di giustizia *residente in* Palermo sono rispettivamente incari*cati della istruzione* della dimanda per majora*schi*, *ai* termini del regolamento de' 5 agosto 1818, secondochè tali dimande riguarderanno beni siti nè nostri reali dominî al di quà o al di là del faro. — 2. Il procurator generale presso l'una o l'altra suprema Corte di giustizia potrà delegare, a' termini delle nostre leggi sull' ordinamento giudiziario, ad uno degli avvocati generali, e volta per volta, il disimpegno delle funzioni che gli sono state conferite col precedente articolo. — 3. I suddetti procuratori generali non potranno spiegare coll'esercizio delle cennate funzioni senza esservi superiormente autorizzati per via della Nostra real segreteria e Ministero di Stato di grazia e giustizia, cui dovranno altresì pervenire i loro rapporti sull' oggetto.

(a) Decreto 12 agosto 1832. — 1. Le disposizioni contenute negli articoli 947 delle leggi civili, e

— (952).

— (953).

— (954).

— (955).

tutti coloro che sono nell'attuale legittimo possesso di titoli per concessione in qualunque tempo avvenuta; e finalmente da quelle persone che appartengono a famiglie di conosciuta nobiltà del regno delle due Sicilie; salve tutte le altre disposizioni che potranno in seguito esser date relativamente alla nobiltà.

949 I maioraschi possono essere instituiti dagli ascendenti, sieno maschi, sieno femmine, a beneficio de' discendenti maschi.

950 Possono formarsi da' fratelli, purchè non abbiano discendenti, in favore de' loro fratelli.

951. Possono anche istituirsi dagli zii e dalle zie, quando non abbia discendenti, in beneficio dei loro nipoti maschi.

952. I majoraschi saranno trasmessibili nella sola discendenza legittima e naturale del primo institutore, o in quella dell'istituito, da qualunque di essi comincerà il majorasco, ai termini dell'atto di fondazione, per ordine di primogenitura, col diritto di rappresentazione nella linea maschile di maschio in maschio.

All'ultimo possessore della linea retta che muoia senza figli, o discendenti maschi di maschio, succederà il primogenito maschio di maschio della linea prossima all'ultimo possessore, di cui sia zio paterno, o fratello o anche in maggiore distanza; purchè sia primogenito nella sua linea, e sia nel ramo che prossimamente si distacca e si è distaccato dalla linea retta primogeniale dell'ultimo possessore: dovendo formare tutti i maschi di qualunque ramo o linea una sola linea di qualità maschile, per succedere con quell' ordine che sopra si è indicato; misurandosi sempre la prossimità e la qualità di primogenito col dritto di rappresentazione. Sono sempre, e per modo di regola escluse tanto le femmine, che i discendenti per mezzo di femmina.

953. Non potranno cumularsi due o più majoraschi in un solo individuo. Sarà però sempre permesso di scegliere quel majorasco che si vorrà ritenere, purchè non sia di rendità minore di quello che attualmente si ha. Gli altri majoraschi rimarranno liberi: salvo il ricorso al Re per la formazione di un majorasco maggiore.

954. La quantità de' beni da sottoporsi a majorasco non potrà eccedere la rendita imponibile di annui ducati ventiquattromila, nè esser minore di ducati quattromila (a).

955. Il majorasco non potrà eccedere la quota

13. n. 9. Della legge de'14 di giugno 1824. e nel decreto de' 9 agosto del medesimo anno, relativamente alla instituzione dei majoraschi, saranno altresì provvisoriamente osservate ne' casi di domanda per permutare, alienare o ipotecare i beni soggetti a majorasco.

(a) L. 17 ottobre 1822.—La rendita imponibile de' beni da sottoporsi a majorasco è stabilita nel massimo a ducati trentamila, e nel minimo ad annui ducati duemila. — 2. Potranno esser sottoposte a majorasco le inscrizioni sul gran libro del debito pubblico quando sieno state immobilizzate. —3. Le rendite saranno immobilizzate mediante dichiarazione che verrà fatta dal proprietario per atto da rogarsi da uno de' notai certificatori, ed osservate le altre formalità che si usano per le rendite che si immobilizzano da' contabili per la loro garentia verso il governo; o dai particolari per evizione di una promessa obbligazione.—4. Queste rendite saranno inscritte sul gran libro a nome dello institutore del majorasco col distintivo: conto del majorasco instituito da N. N.; e quando trattasi di chiamati al nome de' medesimi, coll' aggiunta: conto del majorasco instituito da N. N. siffatte inscrizioni essendo di loro natura incommerciabili, non potranno esser date per cauzione dei contabili dello Stato, e non potranno esser trasferite se non a' chiamati nel majorasco; e ciò in forza di decisione o di ordinanza dell'autorità competente, che ne disporrà la intestazione. Lo stesso sarà praticato quante volte il majorasco rimarrà risoluto ne' casi preveduti nel libro III titolo II capitolo V sezione VII delle leggi civili del nostro Codice per lo regno delle due Sicilie. — 5. Negli estratti d' iscrizioni che saranno rilasciati, verrà espressamente marcato il vincolo della inalienabilità. — 6. Sarà in facoltà del primo istitutore, quando il majorasco incominci da lui, e de' chiamati successivi di permutare in tutto o in parte le inscrizioni soggette a majorasco in compra di fondi rustici, o censi, o canoni sopra terre. Questa permuta dovrà esser fatta a' termini dell' art. 959 delle leggi civili e colle forme prescritte nel regolamento de' 5 di agosto 1818.—7. Potranno cumularsi due o più majoraschi in un solo individuo, senza limitazione alcuna.—8. Lo institutore di un majorasco che cominci da se potrà riserbarsi la facoltà di chiamare al godimento di esso quello de' di lui figli maschi, che stimerà di prescegliere. Questa destinazione dovrà seguire per atto tra vivi, o di ultima volontà; e nel caso in cui non abbia luogo, si intenderà prescelto il primo tra' suoi figli, o quegli che lo rappresenta. — 9. Lo institutore di un majorasco che non cominci da sè, potrà ritenere in tutto o in parte l'usufrutto de' beni che avrà sottoposti a questo vincolo. — 10. Sarà nelle facoltà dello institutore di un majorasco di aumentarne la rendita, sino alla rendita imponibile di annui ducati trentamila. Questo aumento potrà pure aver luogo in una o più volte.—11. Negli aumenti e nelle cumulazioni della rendita d'un majorasco saranno osservate le stesse forme che sieno prescritte per lo stabilimento dei majoraschi. —12. Gl' institutori de' majoraschi potranno gravare la rendita de' beni a' medesimi soggetti di vitalizi in favore de' loro conjugi, figli, o altri parenti. Questi vitalizj non potranno però ridurre la rendita libera del majorasco al di sotto di quella che è stabilita per lo minimo nell' articolo 1° — 13. Potranno chiamarsi successivamente al godimento di un majorasco più individui, e le loro discendenze ne' termini della legge.—14. La disposizione dello

— (956).

— (957).

— (958).

— (959).

disponibile dell' institutore.

956. I beni sottoposti a majorasco debbono essere fondi rustici, e censi o canoni sopra terre. Tutti i suddetti beni dovranno essere di libera proprietà, non soggetti ad alcuna restituzione, e specialmente designati nell'atto della costituzione del majorasco.

957. Il majorasco dovrà esser libero da qualunque ipoteca anche eventuale. Nulladimeno i beni gravati d' iscrizioni ipotecarie per effetto d' ipoteche generali costituite in tempi in cui sono state dalle leggi permesse, o d' ipoteche speciali per crediti non esigibili per un triennio, potranno entrare nella composizione del majorasco, quando gli altri beni del fondatore offrano una sicurezza bastevole a garentire il majorasco dallo effetto delle suddette iscrizioni. Se la iscrizione abbia per causa un diritto eventuale, o un credito non esigibile fra un triennio, la garentia sarà giudicata sufficiente, quando la somma de' beni per quella designati presenterà l' equivalente del valore del diritto suddetto, o del capitale non ancora esigibile calcolandosene la rendita alla ragione del tre per cento.

958. Quando i beni giudicati sufficienti nel tempo della costituzione de' majoraschi non si trovassero dati nel tempo della morte del fondatore, o per diminuzione che abbia sofferto il di lui patrimonio, o perchè i figliuoli non trovino l'intera loro porzione legittima nella eredità libera, non s'intenderà mai pregiudicato il diritto de' figliuoli: e la porzione legittima di ciascuno, non esclusa quella dello stesso chiamato al majorasco sarà precapita libera da qualunque vincolo. Quante volte il majorasco per effetto di tale precapienza non conservi la rendita di ducati quattromila, si avrà come *ipso jure* disciolto.

959. Le rendite, le permute e le altre alienazioni di tutti i beni sottoposti a majorasco, o di una porzione de' medesimi, saranno nulle, nè produrranno alcun effetto, quando non sieno state fatte ne' casi di necessità o di nullità, e non sieno state eseguite colle forme prescritte nel *regolamento* de' 5 agosto 1818.

Questa disposizione è del pari applicabile alle ipoteche di cui vorranno gravarsi gli stessi beni.

articolo 949 delle leggi civili è applicabile a' genitori adottivi; e quella espressa nell'articolo 913 delle stesse leggi si estende a' pro-zii ed alle pro-zie.—15. Nello eseguirsi la disposizione contenuta nell' art. 9 del regolamento de' 5 di agosto 1818 relativa alla quota di riserva, o sia legittima dovuta a' figli dello institutore d' un majorasco. le doti costituite e qualunque altra liberalità fatta dal medesimo saranno calcolate nel patrimonio di esso institutore colla norma prescritta dalle leggi civili.—16. Le disposizioni contenute in questa legge sono considerate formar parte integrale delle disposizioni delle leggi su' majoraschi.

L. 29 ottobre 1825. — 1. La moglie dell' istitutore di un majorasco in favore della discendenza comune, in somma permessa dalla legge, potrà concorrere ad aumentare la rendita di questo majorasco colla parte disponibile de' suoi beni dotali o estradotali. — 2. La disposizione cui la moglie dell' istitutore di un majorasco potrà dar luogo per l'articolo precedente, non sarà obbligatoria per la medesima durante la sua vita, ma produrrà tutti gli effetti dal giorno della sua morte, purchè prima non l' abbia variata. — 3. Qualora alla morte della donna la porzione de' beni che ne sarà stata messa per aumentare la rendita del maiorasco, si trovi caducata, resterà il majorasco nella somma che si sarà costituita dal marito; salvo anche per questo majorasco il caso della caducità, a' termini della legge.—4. L'istitutore del majorasco, in somma permessa dalla legge, il quale cominci da lui, e che avendo due o più figli, siasi riserbato chiamarvi al godimento quello tra essi che stimerà di presceglierе, ai termini dell'articolo 8 della legge de' 17 di ottobre 1822, potrà aumentare la rendita di tale majorasco co' beni componenti la legittima del figlio, sempre che però la rendita de' beni che l' institutore avrà affetti al majorasco, sia per lo meno il doppio della rendita de' beni della legittima sottoposti al majorasco. — Il figlio cui sarà stata imposta questa condizione, potrà a suo arbitrio rinunciare al majorasco, e ritenere la legittimità alla quale avrà diritto.—5. L' institutore del majorasco potrà disporre che nel caso di rinunzia del figlio che avrà prescelto, il majorasco passi ad altro figlio colla medesima condizione, e così successivamente per tutti i suoi figli. Ove questa condizione non sia accettata da alcuno dei figli, il majorasco cederà in beneficio del figlio prescelto, a' termini dell'art. 8 della legge de' 17 di ottobre 1822. quante volte non vi sia altra prescrizione dell' institutore del majorasco in contrario.—7. Il termine accordato a' figli per accettare o rinunziare la disposizione paterna e quello stabilito dalla legge per far l' inventario e per deliberare.—8. Sia che la moglie concorra *all'aumento* del majorasco a' termini dell'articolo *primo. o che* il majorasco sia aumentato coi *beni componente* la legittima del figlio, ai termini *dell' art. 4*; la rendita del majorasco, compresa quella derivante dall'aumento, non potrà eccedere il massimo stabilito dalla legge. — 9. Le disposizioni contenute in questa legge sono considerate formar parte integrale delle disposizioni delle legge civili sui majoraschi.

R. 11 ottobre 1826.—Per effetto dell' autorizzazione sovrana per la instituzione di un majorasco niun pregiudizio è arrecato a' diritti altrui competenti sulla pertinenza de' fondi soggetti al medesimo; e nella specie che la quistione risguardi gli effetti legali che dalla instituzione del majorasco derivano, l'esame di questi effetti deve dal magistrato instituirsi nei termini e nel modo dalle leggi prescritto.

— (960).

— (961).

— (962).

— (963).

SEZIONE V (VIII)

DE' LEGATI A TITOLO UNIVERSALE.

1010 (964).—Il legato a titolo universale è quello con cui il testatore lega una quota parte dei beni de' quali la legge gli permette di disporre, come sarebbe una metà, un terzo, ovvero tutti i suoi immobili, o tutti i suoi mobili, od una quantità determinata o degli uni o degli altri.

Qualunque altro legato non forma che una disposizione a titolo particolare.

SOMMARIO

I. L'antica giurisprudenza ammetteva solo due classi di legati.
II. Delle diverse specie di legati a titolo universale.
III. La classe dei legati particolari comprende tutto ciò che non è legato universale, o a titolo universale secondo gli art. 1003 e 1010 (929 e 964), e specialmente qualunque disposizione di usufrutto (dissenso con Duranton).

I. —**116.** Il nostro antico dritto non conosceva legato a *titolo universale* distinto

960. I successori a' maioraschi sono obbligati a pagare i seguenti debiti de' loro antecessori, pei quali i creditori s' intendono aver privilegio sulle rendite del majorasco;

1° Le spese giudiziali.

2° Le spese funerali.

3° Tutte le spese di ultima infermità, in proporzioni eguali fra quelli da cui son donate.

4° I salari delle persone di servizio per l' ultimo semestre decorso, e quelli dovuti per lo mese corrente.

5° Le somministrazioni di sussistenza fatte all'antecedente possessore del maiorasco ed alla sua famiglia pel corso di un anno, salvo il caso che siavi prescrizione di tempo minore.

Se i debiti di sopra enunciati sieno del padre dell'attual possessore, ancorchè non sia stato godente del maiorasco, o della madre, dovranno con egual privilegio esser soddisfatti dalle rendite del maiorasco.

6° Le spese per le ricostruzioni o riparazioni di edifizî inservienti a fondi, canali, o di qualunque opera di simil natura, fatte ne' fondi del maiorasco, sia che la somma si debba agli stessi architetti, appaltatori, muratori ed operai, sia che si debba ad altri che abbiano per tale oggetto prestato danaio; purchè le ricostruzioni e riparazioni sieno a carico degli usufruttuari, e non della proprietà.

Tutti questi pagamenti sono forzosi fino alla concorrenza di un'annata di rendita, da soddisfarsi nel corso di due anni; salvo al possessore il regresso contro i beni liberi dei mentovati debitori.

961. Se in morte del possessore del maiorasco, oltre del primogenito cui si trasmettono i beni, vi sieno altri figli secondogeniti, potranno costoro reclamare una pensione alimentaria sulle rendite del maiorasco, quante volte non abbiano beni di loro pertinenza, onde poter vivere con decenza. Detta pensione sarà definita secondo le circostanze, attenendosi sempre ad una quantità minore della rendita corrispondente alla quota che sarebbe spettata ai detti secondogeniti su' beni del maiorasco, ove questi fossero stati liberi.

962. Essendovi figlie femmine, in difetto di beni sufficienti per maritarle decentemente, sarà dovuta anche alle medesime la dote che verrà dedotta dalle rendite del maiorasco in tante rate uguali, da non eccedere lo spazio di dieci anni.

Avranno eziandio prima del matrimonio diritto agli alimenti, ove d' altronde non abbiano mezzi da sussistere (a).

963. Se il possessore de' beni del maiorasco avrà promesso alla moglie nel contratto matrimoniale la sopravvivenza, i beni del maiorasco vi saranno obbligati in mancanza di beni liberi, ma non oltre il sesto della rendita, a cui il successore dovrà adempire.

— (a) A' secondogeniti contemplati perchè da una parte della rendita del maggiorato fossero provveduti di una pensione vitalizia, non compete per causa delle annate decorse alcuna ragione di condominio sui beni che lo compongono. Nè ragione alcuna di condominio compete per causa delle doti alle donzelle contemplate, perchè di dote fossero provvedute da una parte della rendita istessa. C. S. di Napoli 26 gennaro 1832.

dal legato *universale*: le espressioni *legato universale e legato a titolo universale* erano sinonimi, indicando una sola e medesima classe di disposizioni. Due classi di legati vi erano: 1° il legato universale o a titolo universale, e 2° il legato particolare o a titolo particolare. Alle volte s' incontra nel Codice qualche avanzo di tal divisione. Così quando l'art. 971 (896) oppone il legatario *a titolo universale*, al legatario *particolare*, dichiarando che il primo è tenuto al pagamento dei debiti, e l'altro ne va esente, sotto la qualifica di legatario *a titolo universale* comprende pure il legatario *universale*. Viceversa, quando l'art. 909 (825) oppone le disposizioni *universali* a quelle fatte *a titolo particolare*, è chiaro che abbraccia nella medesima espressione il legato *universale* e quello *a titolo universale*. Quei medesimi che tolsero via l'antica classificazione, vi tornarono senza volerlo, e avrebbero fatto meglio a conservarla; ma come può giustificarsi la classificazione immaginata dal Codice? Come separare logicamente il legato universale, e quello *a titolo* universale, anzichè il legato particolare e quello *a titolo* particolare? Forse il legatario è o non è universale per il suo stesso titolo? Forse non sono la medesima cosa il legato e il titolo? Checchè ne sia, il Codice distingue tre classi di legati, e siccome la sua divisione ridevole per le qualifiche è applicabile alle cose, è nostro debito seguirla scrupolosamente. Noi dunque distingueremo pure: 1° il legato universale, 2° il legato a titolo universale, 3° il legato particolare o a titolo particolare.

Se in poche parole può definirsi il legato universale, non è così di quello a titolo universale, nè del legato particolare; non potendo l'uno esser definito altrimenti che indicando successivamente le quattro branche in cui si suddivide; e potendo l'altro esserlo negativamente con dire, essere il legato particolare quello che non è universale, nè a titolo universale.

II.—117. Siccome abbiam detto, vi hanno quattro specie di legato a titolo universale, che sono indicate (con termini poco esatti) dal primo paragrafo del nostro articolo. In fatti il legato a titolo universale è quello con cui il testatore dispone: 1° di una quota della universalità dei suoi beni; 2° della universalità dei suoi beni immobili; 3° della universalità dei suoi beni mobili; 4° di una quota dell' una o l' altra di esse due universalità.

Dapprima presentiamo come legato a titolo universale quello che assegna una quota della universalità dei beni; *di tutti i beni*, e non solo di *quelli disponibili*, come male ha detto il nostro articolo, che coi suoi termini menerebbe in errore. Così io avendo un figlio, se lego a Pietro la metà dei miei beni, qual'è l'indole del legato? Non è desso un legato universale, non dando alcun dritto, nemmeno eventuale, alla totalità dei beni (art. 1003 (929)). Stando al nostro articolo, desso non sarebbe nemmanco un legato a titolo universale; non disponendo nè di tutti gli immobili, nè di tutti i mobili, nè di una quota di quelli o di questi, nè in fine di una quota di beni disponibili (perchè attribuisce tutto il disponibile). Esso dunque sarebbe un legato particolare. Ma pur non è così: perchè se è vero che io facessi un legato a titolo universale legando la metà del mio disponibile, cioè il *quarto* dei miei beni, come potrebbe essere il mio legato di ben altra natura quando abbia legato la *metà* di questi miei beni?

Le prime linee del nostro articolo furono dunque mal compilate. Senza dubbio, il legato che dispone di una parte del disponibile, è pure un legato a titolo universale; perchè essendo il disponibile (quando non è la stessa universalità) una quota della universalità, la quota del disponibile è quindi una quota di quota, una frazione di frazione, e conseguentemente una frazione dell' intera unità; in altri termini, una quota del disponibile è ad un tempo quota di tutti insieme i beni. Ma se è vero che legato a titolo universale della prima specie sia qualsivoglia legato di una quota del disponibile, che ogni legato di questa prima specie ha per oggetto una quota del disponibile. È uopo pertanto

prendere la idea più larga, più comprensiva, che presenti come prima specie di legato a titolo universale, quello con cui il testatore dispone di una quota dei suoi beni.

118. Le tre altre sorta di legati sono esattamente indicati; se non che si badi che quando la legge qui parla di legato che disponga di tutti gl'immobili o mobili, suppone che la disposizione versi sopra gl' immobili o i mobili riguardati in massa, e tutti insieme. Così colui che avendo per immobili due case e due poderi, legasse a Pietro la sua casa di Parigi, quella di Sceaux, e poi il podere di Normandia, e quello di Picardia; sebbene avesse legato tutti i suoi immobili, non avrebbe fatto un legato a titolo universale, *ma* un legato particolare, avendo legato questi e quelli immobili determinati, e riguardati a solo, e non già l'universalità di essi. — Oggidì non si comprendono di leggieri queste tre specie di legati universali. Secondo le nostre consuetudini, allorquando si distingueva la successione agli immobili, e quella ai mobili (per modo che ciascuna di tali classi di beni formasse una universalità, una massa separata, coi suoi pesi distinti) ben si comprende che la disposizione di una di tale masse di beni formasse un legato *universale*, essendo il legato di una *universalità*; ma oggi che la legge non riguarda più nè la natura nè l' origine de' beni (art. 732 (655)); e tanto gl' immobili che i mobili formano una sola successione, bisognava per esser logico non vedere in tali disposizioni se non legati particolari. Checchè siane la legge è formale, e noi dobbiamo accettarla qual' è.

III. — 119. Ogni disposizione che non si spiega con le definizioni che sopra si son date di legati universali ed a titolo universale, costituisce un legato particolare.

Così colui che lega tutti i suoi immobili non in massa ma come beni determinati; colui che lega, anche in massa ed in complesso tutte le sue case, tutti i suoi boschi, tutti i suoi immobili delle colonie o di tal dipartimento, escludendo così gli altri immobili, non fanno che legati particolari. Sarebbe lo stesso di quel legato con cui una persona disporrebbe di tutti i beni derivati da una successione che abbia raccolto, perocchè sebbene questi beni formassero prima un' universalità, poscia confondendosi nel patrimonio del testatore hanno perduto tale carattere, e costituiscono con gli altri beni una sola e medesima massa, nella quale sono i beni particolari; la loro disposizione quindi forma un legato particolare. Nè sarà altrimente di qualsivoglia disposizione di usufrutto, comunque l'usufrutto possa essere esteso. Così, io fo sempre un legato particolare, sia che leghi il godimento di tutti i miei beni immobili, o della metà di tutti i miei beni, anche della intera universalità di questi stessi beni. In vero, appena io ho legato il godimento, tutti i miei beni rimangono dunque nella mia successione *ab intestato*, e non ho disposto nè dell' universalità dei miei beni, nè d'una quota di questa universalità, nè dei miei immobili nè de' miei mobili, nè d' una quota dei miei immobili o mobili, per modo che la mia disposizione, checchè possa dire il Duranton, rientra sotto questa regola finale del nostro articolo: « Ogni altro legato non forma che una disposizione a titolo particolare ». E che sia così n' è prova che i legatari universali o a titolo universale, pagano necessariamente la loro parte e porzione dei debiti (art. 1009, 1012 (935, 966), mentre il legatario di un usufrutto, sia pure d'un usufrutto universale, non ne paga unquamai la menoma parte. L'articolo 612 (537) citato a torto dal Duranton, mostra precisamente che l' usufruttuario anche universale o a titolo universale, non è tenuto che *agl' interessi* dei debiti; or pagare gl' interessi di un debito non vale soddisfare una porzione del debito, perocchè dopo avere pagati questi interessi esattissimamente per 10, 12 o 15 anni, il debito non sarà diminuito d' un centesimo. Senza dubbio, si può parlare di legato universale ed a titolo universale dell'usufrutto; come fa il Codice nell'art. 610 (535). Ma bisogna osservare che questi

non sono legati universali ordinarî e propriamente detti. Converrà principalmente badare a non imitare il Duranton, il quale mentre qui pretende che i legati fatti in usufrutto nei limiti del nostro art. 1010 (964) sieno legati a titolo universale (IX-208), confessa in altro luogo (n. 189, 2° par.) che il legato fatto in usufrutto nei limiti più estesi dell'art. 1003 (929) non sia un legato universale. È chiaro abbastanza che se si ammettono, come modo di parlare, i legati a titolo universale d'usufrutto, bisogna ammettere ancora i legati universali d'usufrutto.*

1011 (965). — I legatari a titolo universale saranno tenuti di domandare il rilascio agli eredi cui è riservata dalla legge una quota parte dei beni; ed in loro mancanza, ai legatari universali, e mancando questi, agli eredi chiamati secondo l'ordine stabilito nel titolo delle successioni.**

120. Il legatario a titolo universale non essendo giammai chiamato alla totalità dei beni, non potrebbe in alcun caso essere investito del possesso (*saisine*), e deve sempre dimandarne il rilascio. Le persone diverse alle quali ei debbe, secondo le circostanze indirizzarsi, ci sono indicate dal nostro articolo, di cui il quadro è d'uopo tuttavolta che sia terminato.

Così quando l'intera successione sia raccolta da uno o più eredi, sieno o no riservatarî i quali si spartiscono tutto il disponibile (per esempio un solo figlio, o tre o quattro figli, o i padri o le madri o un solo fratello, o più fratelli e sorelle o un ascendente d'una linea e un collaterale non privilegiato dell'altra linea), bisogna dimandare il rilascio o a quest'unico erede, o a tutti questi eredi insieme. —Se la successione sia divisa fra diversi eredi di cui gli uni solamente sieno riservatarî, ed il reparto non abbia dato ai primi che la loro riserva (il padre e la madre, o uno dei due solamente, con i fratelli, e le sorelle o i discendenti di essi), allora essendo gli eredi non riservatari i soli possessori del disponibile, il rilascio ad essi solamente dee essere dimandato. Se vi sia un legatario universale, il quale per la mancanza di eredi riservatarî trovisi investito di pieno dritto, sarà dimandato a lui; se questo legatario universale non abbia l'investitura per la presenza di eredi riservatarî, ma gli sia stato accordato il rilascio, bisogna anche a lui indirizzarsi per lo rilascio, perocchè egli solo possiede il disponibile; se in fine questo legatario universale non investito non abbia ancora ottenuto il rilascio, il legatario a titolo universale lo dimanderà all'erede o a' diversi eredi, essendo essi quelli che si trovano investiti nel possesso di tutta la successione. — Se non vi ha nè erede riservatario, nè legatario universale, nè alcun erede non riservatario, e quindi la successione sia devoluta ai successori irregolari (figli naturali, conjuge sopravvivente o lo Stato) tocca a costoro laddove sieno stati ammessi in possesso (art. 724, 770, 773; 645, 686, T) fare il rilascio, perocchè *sono* essi i detentori della successione; se finalmente nissun successore siasi fatto mettere in possesso, il legatario a *titolo* universale deve indirizzarsi alla *giustizia per* fare nominare un curatore all'eredità giacente, e farà la dimanda contro questo curatore.

121. Abbiamo veduto sotto l'art. 1005 (931) che il legatario a titolo universale

* Troplong, *Donaz. e Test.*, n. 1848.

Il legato di usufrutto di tutti i beni non è che un legato a titolo universale. Difatti, il legatario d'un tal legato non ha che un dritto limitato ad una natura di beni: or come rappresenterebbe il defunto *in universum jus*, egli cui manca il dritto più essenziale, e che non è mica proprietario? Non sul capo di lui sta il dritto universale; sibbene sul capo del nudo proprietario il quale tosto o tardi vedrà l'usufrutto consolidarsi nelle sue mani con la nuda proprietà.

** Il legato di usufrutto a titolo universale è dovuto dal giorno della morte del testatore, e non già dalla dimanda. C. S. di Napoli 9 nov. 1848.

ha dritto ai frutti solamente dal giorno in cui dimanda il rilascio, o l' ottiene amichevolmente.

1012 (966).—Il legatario a titolo universale egualmente che il legatario universale sarà tenuto a soddisfare i debiti, ed a sostenere i pesi dell' eredità del testatore, personalmente per la sua quota e porzione, e per il tutto ipotecariamente.*

122. Il legatario a titolo universale prendendo parte ai beni considerati in massa e come universalità, deve concorrere al pagamento dei debiti che sono a carico dell' universalità.

È ben facile determinare la parte che dee contribuire nel legato della prima specie, cioè quando egli prende una quota parte di tutti i beni, perocchè sarà la quota parte proporzionale dei debiti; s'egli ha il quarto o il terzo dei beni, pagherà il quarto o il terzo dei debiti.—Negli altri legati a titolo universale, cioè a dire quando il legatario prende tutti gl'immobili o tutti i mobili, o una quota di questi immobili o di questi mobili, fa d'uopo calcolare quale frazione rappresenti l' oggetto del legato in raffronto all' unità della successione, e mettere a peso del legatario una frazione corrispondente dei debiti. Così, per esempio, se gl'immobili formino il terzo della successione ed il legato sia del terzo degl' immobili, il legatario prende quindi la nona di tutti i beni e per conseguente dee pagare la nona parte dei debiti.

1013 (967).—Quando il testatore non avrà disposto che di una quota della porzione disponibile, e che avrà fatta tale disposizione a titolo universale, il legatario sarà tenuto unitamente agli eredi naturali a soddisfare per la sua tangente ai legati particolari.

123. I debiti essendo un peso di tutta la successione, ed il legatario a titolo universale non prendendo giammai l'intiero di questa successione, egli non deve giammai la totalità dei debiti, ma solamente una parte. Avviene altrimenti dei legati particolari: egli qualche volta è tenuto pagarli in parte, ma delle volte li deve per l'intero. I legati diversamente dai debiti devono prendersi per intiero sulla porzione disponibile, di guisa che si devono non già nella proporzione di quello che si prende nella totalità dei beni, ma nella proporzione di ciò che si *prende* nel disponibile. Dunque se il legatario a titolo universale prende tutto il disponibile, se gli sia stato legato il quarto, il terzo, la metà, e non eravi di disponibile che questo quarto, questo terzo o questa metà, egli soddisferà solo tutti i legati particolari, ancorchè i legati esaurissero la sua parte. Che se (ed è questo il caso del nostro articolo) non gli sia stato legato altro che una parte del disponibile, egli pagherà tali legati particolari nella quota proporzionale, ed il rimanente sarà a carico dello erede, a cui è devoluta l' altra parte del disponibile.

Così se una persona, la quale abbia un figlio, e di cui il disponibile sia la metà, leghi a Pietro il quarto dei suoi beni (metà del disponibile), Pietro pagherà la metà del legato particolare, e l'altra metà sarà pagata dallo erede che conserva la seconda quarta disponibile; ma se il testatore avesse legato a Paolo la seconda quarta disponibile, non pagherà nulla l'erede, ed il secondo legatario a titolo universale soddisferà la seconda metà dei legati.

124. Questo principio che i legati particolari sono a peso dei legatari a titolo

* Il legatario a titolo universale, che non ha compilato inventario, è astretto a pagare tutti i legati particolari quantunque *ultra vires haereditatis*. C. S. di Napoli 16 settembre 1844.

universale, in proporzione delle parti che costoro prendono nel disponibile, riceve eccezione in un caso: cioè quando esista un legatario a titolo universale di una data specie di beni, e trattisi di legati particolari, che abbiano per oggetto beni di questa medesima specie. Così se il testatore abbia legato a Pietro tutti i suoi immobili, ed a Paolo la sua casa della strada Vivienne, Pietro solo adempierà il legato della casa, nè l' erede vi contribuirà per nulla, comunque il legato a titolo universale di tutti gl'immobili non equivarrebbe alla totalità della porzione disponibile. In fatti, è chiaro allora che il testatore ha fatto il legato particolare come una restrizione dell'altro, e nel suo pensiero il legato a titolo universale significa: Pietro avrà tutti i miei immobili eccettone la mia casa. Così ancora, se vi sia un legatario di tutto il mobiliare, ed il testatore abbia legato ad altri la sua biblioteca, o l' argenteria, o uno de' suoi quattro cavalli, questi differenti legati saranno evidentemente a peso esclusivo del legatario di tutti i mobili.

125. Se non che non si dee ammettere, come fa Duranton (IX-218), che questo legatario di una classe intera di beni pagherebbe solo tutti i legati di beni della medesima classe, anche allorquando i legati fossero fatti *in genere*, purchè nella successione esistessero beni della medesima specie. Così, allorchè il testatore ha legato una somma di . . . senz' altra determinazione, la circostanza che nella successione vi ha molto numerario per soddisfare questo legato, non giustifica *che lo* si debba mettere per intero a peso del legatario del mobiliare. È d' uopo, *come* molto bene l' insegnano Delvincourt, Toullier (V-559) e il Vazeille (n. 3), che *l'oggetto* legato sia determinato se non *in ipso individuo*, come tal navilio, *almeno* qual uno dei beni ereditari, come nel legato di uno dei quattro cavalli. Affinchè il legato di *tale o tal mobile* sia una restrizione fatta al legato generale di *tutti i mobili della successione*, bisogna esser certo che il testatore abbia inteso parlare di tale o tale *dei mobili contenuti in questa successione*. Egli è vero che questa sarà quistione intenzionale da giudicarsi secondo le circostanze, ma il principio del Duranton come tale è inesatto.

SEZIONE VI (IX).

DEI LEGATI PARTICOLARI.

1014 (968). — Qualunque legato puro e semplice darà al legatario, dal giorno della morte del testatore, un diritto sulla cosa legata trasmissibile ai suoi eredi, od aventi-causa dal medesimo.

Ciò non ostante il legatario particolare non potrà mettersi in possesso della cosa legata, nè pretenderne i frutti od interessi che dal giorno della sua domanda di rilascio fatta secondo l'ordine stabilito nell'art. 1011 (965) o dal giorno in cui gli si fosse volontariamente accordato il detto rilascio. *

126. Quantunque questo articolo sia collocato sotto la rubrica *dei legati particolari*, il suo primo paragrafo è applicabile a ciascuna specie di legati, anche a quelli universali o a titolo universale. È altrimenti del secondo di cui l'unico oggetto sono i legati particolari.

Il dritto che fa nascere il legato, sia esso universale, a titolo universale o particolare, allorchè è puro e semplice, comin-

* Decreto 28 giugno 1823. — 1 È rivocato il decreto de' 18 febbraro 1810, con cui i legati di monacaggio furono commutati in maritaggi. Tali legati si adempiranno secondo la primiera loro instituzione. — 2° La disposizione dell' articolo precedente non avrà effetti retroattivi.

cia dal giorno stesso della morte del testatore; se il legato fosse condizionale, il dritto non nascerebbe che dal giorno dell' avvenimento della condizione giusta l'articolo 1040 (995); si vede che in questo luogo la qualificazione di *puro e semplice* è presa *lato sensu*, come sinonima di *non condizionale* per esprimere altresì i legati a termine.

127. Il dritto che produce il legato specificato dal nostro paragrafo di dritto *alla cosa* è talvolta un semplice *jus ad rem*, ma talvolta secondo le circostanze è pure *un jus in re*. Così, per esempio, quando l'oggetto del legato è una somma di denaro, è evidente che il legatario non ha immediatamente il *jus in re*, ma ha un semplice credito un *jus ad rem*, il quale non produrrà il dritto di proprietà se non mercè la tradizione del denaro ; se, per l'opposito, il legato ha per oggetto uno o più corpi certi e determinati, il legatario ne sarà proprietario immediatamente. In ogni caso, quale che sia l'indole del dritto ingenerato dal legato , questo dritto nel legato puro e semplice (vale a dire non condizionale) apparterrà dal dì della morte del testatore anche al legatario , il quale sin d' allora può trasmetterlo sia mercè atto tra vivi gratuito o oneroso , sia con testamento , sia per successione *ab intestato*.

128. Il legatario particolare al pari che quello a titolo universale, ed il legatario universale non investito, non può mettersi nel possesso da sè stesso. Gli è mestieri farsi rilasciare le cose legate dalle persone, di cui sotto l'art. 1011 (965) parlando del legatario a titolo universale abbiamo esposto il quadro (al quale vuolsi qui aggiungere lo stesso legatario a titolo universale , poichè anch' egli può essere uno dei debitori, ed anche il solo debitore del legato particolare).

Il legatario particolare non altrimenti del legatario a titolo universale, ha diritto ai frutti o interessi delle cose dal giorno del rilascio o dimandato giudiziariamente o consentito volontariamente (V. art. 1005 (931 M)).

La necessità di ottenere il rilascio è una regola fondamentale del sistema di successione testamentaria, è una legge d'ordine pubblico che impedisce principalmente il legatario d'impadronirsi da sè stesso della cosa legata ; giammai dunque può un legatario francarsene. Segue da ciò che la dispensa che ne ordinasse il testatore non sarebbe valida , e se la cosa legata si trovasse nelle mani di un terzo , il legatario , benchè ne fosse proprietario, non potrebbe rivendicarla prima di dimandarne il rilascio dallo erede.

1015 (969).—Gl' interessi o frutti della cosa legata, decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della morte , e senza che ne abbia fatta la giudiziale domanda.

1° Quando il testatore avrà intorno a ciò dichiarata espressamente la sua volontà nel testamento.

2° Quando sarà stata legata a titolo di alimenti una rendita vitalizia od una pensione.

SOMMARIO

I. L'articolo indica due casi di eccezione alla regola posata dall' articolo precedente intorno ai frutti. Osservazioni sopra queste due eccezioni.

II. Si fa anco eccezione; 3. quando il testatore ha dichiarato dispensare il legatario dalla dimanda del rilascio: 4. quando il legatario si trovi prima della morte nel possesso della cosa legata.

I.—129. La legge ci presenta qui due eccezioni al principio di non attribuirsi al legatario i frutti della cosa legata se non dal dì del rilascio consentito all' amichevole o giudiziariamente domandato, dichiarando che nei due casi indicati, il le-

universale, in proporzione delle parti che costoro prendono nel disponibile, riceve eccezione in un caso: cioè quando esista un legatario a titolo universale di una data specie di beni, e trattisi di legati particolari, che abbiano per oggetto beni di questa medesima specie. Così se il testatore abbia legato a Pietro tutti i suoi immobili, ed a Paolo la sua casa della strada Vivienne, Pietro solo adempierà il legato della casa, nè l' erede vi contribuirà per nulla, comunque il legato a titolo universale di tutti gl'immobili non equivarrebbe alla totalità della porzione disponibile. In fatti, è chiaro allora che il testatore ha fatto il legato particolare come una restrizione dell'altro, e nel suo pensiero il legato a titolo universale significa: Pietro avrà tutti i miei immobili eccettone la mia casa. Così ancora, se vi sia un legatario di tutto il mobiliare, ed il testatore abbia legato ad altri la sua biblioteca, o l' argenteria, o uno de' suoi quattro cavalli, questi differenti legati saranno evidentemente a peso esclusivo del legatario di tutti i mobili.

125. Se non che non si dee ammettere, come fa Duranton (IX-218), che questo legatario di una classe intera di beni pagherebbe solo tutti i legati di beni della medesima classe, anche allorquando i legati fossero fatti *in genere*, purchè nella successione esistessero beni della medesima specie. Così, allorchè il testatore ha legato una somma di . . . senz' altra determinazione, la circostanza che nella successione vi ha molto numerario per soddisfare questo legato, non giustifica che lo si debba mettere per intero a peso del legatario del mobiliare. È d' uopo, come molto bene l' insegnano Delvincourt, Toullier (V-559) e il Vazeille (n. 3), che l'oggetto legato sia determinato se non *in ipso individuo*, come tal navilio, almeno qual uno dei beni ereditari, come nel legato di uno dei quattro cavalli. Affinchè il legato di *tale o tal mobile* sia una restrizione fatta al legato generale di *tutti i mobili della successione*, bisogna esser certo che il testatore abbia inteso parlare di tale o tale *dei mobili contenuti in questa successione*. Egli è vero che questa sarà quistione intenzionale da giudicarsi secondo le circostanze, ma il principio del Duranton come tale è inesatto.

SEZIONE VI (IX).

DEI LEGATI PARTICOLARI.

1014 (968). — Qualunque legato puro e semplice darà al legatario, dal giorno della morte del testatore, un diritto sulla cosa legata trasmissibile ai suoi eredi, od aventi-causa dal medesimo.

Ciò non ostante il legatario particolare non potrà mettersi in possesso della cosa legata, nè pretenderne i frutti od interessi che dal giorno della sua domanda di rilascio fatta secondo l'ordine stabilito nell'art. 1011 (965) o dal giorno in cui gli si fosse volontariamente accordato il detto rilascio. *

126. Quantunque questo articolo sia collocato sotto la rubrica *dei legati particolari*, il suo primo paragrafo è applicabile a ciascuna specie di legati, anche a quelli universali o a titolo universale. È altrimenti del secondo di cui l'unico oggetto sono i legati particolari.

Il dritto che fa nascere il legato, sia esso universale, a titolo universale o particolare, allorchè è puro e semplice, comin-

* Decreto 28 giugno 1823. — 1 È rivocato il decreto de' 18 febbraro 1810, con cui i legati di monacaggio furono commutati in maritaggi. Tali legati si adempiranno secondo la primiera loro istituzione. — 2° La disposizione dell' articolo precedente non avrà effetti retroattivi.

cia dal giorno stesso della morte del testatore; se il legato fosse condizionale, il dritto non nascerebbe che dal giorno dell'avvenimento della condizione giusta l'articolo 1040 (995); si vede che in questo luogo la qualificazione di *puro e semplice* è presa *lato sensu*, come sinonima di *non condizionale* per esprimere altresì i legati a termine.

127. Il dritto che produce il legato specificato dal nostro paragrafo di dritto *alla cosa* è talvolta un semplice *jus ad rem*, ma talvolta secondo le circostanze è pure *un jus in re*. Così, per esempio, quando l'oggetto del legato è una somma di denaro, è evidente che il legatario non ha immediatamente il *jus in re*, ma ha un semplice credito un *jus ad rem*, il quale non produrrà il dritto di proprietà se non mercè la tradizione del denaro; se, per l'opposito, il legato ha per oggetto uno o più corpi certi e determinati, il legatario ne sarà proprietario immediatamente. In ogni caso, quale che sia l'indole del dritto ingenerato dal legato, questo dritto nel legato puro e semplice (vale a dire non condizionale) apparterrà dal dì della morte del testatore anche al legatario, il quale sin d'allora può trasmetterlo sia mercè atto tra vivi gratuito o oneroso, sia con testamento, sia per successione *ab intestato*.

128. Il legatario particolare al pari che quello a titolo universale, ed il legatario universale non investito, non può mettersi nel possesso da sè stesso. Gli è mestieri farsi rilasciare le cose legate dalle persone, di cui sotto l'art. 1011 (965) parlando del legatario a titolo universale abbiamo esposto il quadro (al quale vuolsi qui aggiungere lo stesso legatario a titolo universale, poichè anch'egli può essere uno dei debitori, ed anche il solo debitore del legato particolare).

Il legatario particolare non altrimenti del legatario a titolo universale, ha diritto ai frutti o interessi delle cose dal giorno del rilascio o dimandato giudiziariamente o consentito volontariamente (V. art. 1005 (931 M)).

La necessità di ottenere il rilascio è una regola fondamentale del sistema di successione testamentaria, è una legge d'ordine pubblico che impedisce principalmente il legatario d'impadronirsi da sè stesso della cosa legata; giammai dunque può un legatario francarsene. Segue da ciò che la dispensa che ne ordinasse il testatore non sarebbe valida, e se la cosa legata si trovasse nelle mani di un terzo, il legatario, benchè ne fosse proprietario, non potrebbe rivendicarla prima di dimandarne il rilascio dallo erede.

1015 (969).—Gl' interessi o frutti della cosa legata, decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della morte, e senza che ne abbia fatta la giudiziale domanda.

1° Quando il testatore avrà intorno a ciò dichiarata espressamente la sua volontà nel testamento.

2° Quando sarà stata legata a titolo di alimenti una rendita vitalizia od una pensione.

SOMMARIO

I. L'articolo indica due casi di eccezione alla regola posata dall' articolo precedente intorno ai frutti. Osservazioni sopra queste due eccezioni.

II. Si fa anco eccezione; 3. quando il testatore ha dichiarato dispensare il legatario dalla dimanda del rilascio: 4. quando il legatario si trovi prima della morte nel possesso della cosa legata.

I.—129. La legge ci presenta qui due eccezioni al principio di non attribuirsi al legatario i frutti della cosa legata se non dal dì del rilascio consentito all'amichevole o giudiziariamente domandato, dichiarando che nei due casi indicati, il le-

universale, in proporzione delle parti che costoro prendono nel disponibile, riceve eccezione in un caso: cioè quando esista un legatario a titolo universale di una data specie di beni, e trattisi di legati particolari, che abbiano per oggetto beni di questa medesima specie. Così se il testatore abbia legato a Pietro tutti i suoi immobili, ed a Paolo la sua casa della strada Vivienne, Pietro solo adempierà il legato della casa, nè l' erede vi contribuirà per nulla, comunque il legato a titolo universale di tutti gl'immobili non equivarrebbe alla totalità della porzione disponibile. Infatti, è chiaro allora che il testatore ha fatto il legato particolare come una restrizione dell'altro, e nel suo pensiero il legato a titolo universale significa: Pietro avrà tutti i miei immobili eccettone la mia casa. Così ancora, se vi sia un legatario di tutto il mobiliare, ed il testatore abbia legato ad altri la sua biblioteca, o l' argenteria, o uno de' suoi quattro cavalli, questi differenti legati saranno evidentemente a peso esclusivo del legatario di tutti i mobili.

125. Se non che non si dee ammettere, come fa Duranton (IX-218), che questo legatario di una classe intera di beni pagherebbe solo tutti i legati di beni della medesima classe, anche allorquando i legati fossero fatti *in genere*, purchè nella successione esistessero beni della medesima specie. Così, allorchè il testatore ha legato una somma di . . . senz' altra determinazione, la circostanza che nella successione vi ha molto numerario per soddisfare questo legato, non giustifica che lo si debba mettere per intero a peso del legatario del mobiliare. È d' uopo, come molto bene l' insegnano Delvincourt, Toullier (V-559) e il Vazeille (n. 3), che l'oggetto legato sia determinato se non *in ipso individuo*, come tal navilio, almeno qual uno dei beni ereditari, come nel legato di uno dei quattro cavalli. Affinchè il legato di *tale o tal mobile* sia una restrizione fatta al legato generale di *tutti i mobili della successione*, bisogna esser certo che il testatore abbia inteso parlare di tale o tale *dei mobili contenuti in questa successione*. Egli è vero che questa sarà quistione intenziònale da giudicarsi secondo le circostanze, ma il principio del Duranton come tale è inesatto.

SEZIONE VI (IX).

DEI LEGATI PARTICOLARI.

1014 (968). — Qualunque legato puro e semplice darà al legatario, dal giorno della morte del testatore, un diritto sulla cosa legata trasmissibile ai suoi eredi, od aventi-causa dal medesimo.

Ciò non ostante il legatario particolare non potrà mettersi in possesso della cosa legata, nè pretenderne i frutti od interessi che dal giorno della sua domanda di rilascio fatta secondo l'ordine stabilito nell'art. 1011 (965) o dal giorno in cui gli si fosse volontariamente accordato il detto rilascio. *

126. Quantunque questo articolo sia collocato sotto la rubrica *dei legati particolari*, il suo primo paragrafo è applicabile a ciascuna specie di legati, anche a quelli universali o a titolo universale. È altrimenti del secondo di cui l' unico oggetto sono i legati particolari.

Il dritto che fa nascere il legato, sia esso universale, a titolo universale o particolare, allorchè è puro e semplice, comin-

* Decreto 28 giugno 1823. — 1 È rivocato il decreto de' 18 febbraro 1810, con cui i legati di monacaggio furono commutati in maritaggi. Tali legati si adempiranno secondo la primiera loro instituzione. — 2° La disposizione dell' articolo precedente non avrà effetti retroattivi.

cia dal giorno stesso della morte del testatore; se il legato fosse condizionale, il dritto non nascerebbe che dal giorno dell'avvenimento della condizione giusta l'articolo 1040 (995); si vede che in questo luogo la qualificazione di *puro e semplice* è presa *lato sensu*, come sinonima di *non condizionale* per esprimere altresì i legati a termine.

127. Il dritto che produce il legato specificato dal nostro paragrafo di dritto *alla cosa* è talvolta un semplice *jus ad rem*, ma talvolta secondo le circostanze è pure *un jus in re*. Così, per esempio, quando l'oggetto del legato è una somma di denaro, è evidente che il legatario non ha immediatamente il *jus in re*, ma ha un semplice credito un *jus ad rem*, il quale non produrrà il dritto di proprietà se non mercè la tradizione del denaro ; se, per l'opposito, il legato ha per oggetto uno o più corpi certi e determinati, il legatario ne sarà proprietario immediatamente. In ogni caso, quale che sia l'indole del dritto ingenerato dal legato , questo dritto nel legato puro e semplice (vale a dire non condizionale) apparterrà dal dì della morte del testatore anche al legatario , il quale sin d' allora può trasmetterlo sia mercè atto tra vivi gratuito o oneroso , sia con testamento , sia per successione *ab intestato*.

128. Il legatario particolare al pari che quello a titolo universale, ed il legatario universale non investito, non può mettersi nel possesso da sè stesso. Gli è mestieri farsi rilasciare le cose legate dalle persone, di cui sotto l'art. 1011 (965) parlando del legatario a titolo universale abbiamo esposto il quadro (al quale vuolsi qui aggiungere lo stesso legatario a titolo universale , poichè anch' egli può essere uno dei debitori, ed anche il solo debitore del legato particolare).

Il legatario particolare non altrimenti del legatario a titolo universale, ha diritto ai frutti o interessi delle cose dal giorno del rilascio o dimandato giudiziariamente o consentito volontariamente (V. art. 1005 (931 M)).

La necessità di ottenere il rilascio è una regola fondamentale del sistema di successione testamentaria, è una legge d'ordine pubblico che impedisce principalmente il legatario d'impadronirsi da sè stesso della cosa legata ; giammai dunque può un legatario francarsene. Segue da ciò che la dispensa che ne ordinasse il testatore non sarebbe valida , e se la cosa legata si trovasse nelle mani di un terzo , il legatario , benchè ne fosse proprietario, non potrebbe rivendicarla prima di dimandarne il rilascio dallo erede.

1015 (969).—Gl' interessi o frutti della cosa legata, decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della morte , e senza che ne abbia fatta la giudiziale domanda.

1° Quando il testatore avrà intorno a ciò dichiarata espressamente la sua volontà nel testamento.

2° Quando sarà stata legata a titolo di alimenti una rendita vitalizia od una pensione.

SOMMARIO

I. L'articolo indica due casi di eccezione alla regola posata dall' articolo precedente intorno ai frutti. Osservazioni sopra queste due eccezioni.

II. Si fa anco eccezione; 3. quando il testatore ha dichiarato dispensare il legatario dalla dimanda del rilascio: 4. quando il legatario si trovi prima della morte nel possesso della cosa legata.

I.—129. La legge ci presenta qui due eccezioni al principio di non attribuirsi al legatario i frutti della cosa legata se non dal dì del rilascio consentito all'amichevole o giudiziariamente domandato, dichiarando che nei due casi indicati, il le-

gatario avrà dritto ai frutti dal giorno stesso della morte del testatore.

La prima eccezione applicabile a qualunque oggetto legato, avviene allorchè il testatore medesimo dichiari che attribuisce i frutti dal giorno della sua morte. Se non che bisogna dapprima che questa volontà sia espressa e formale. Veramente non è necessario che il testatore abbia detto precisamente: « Voglio che il mio legatario abbia i frutti dal giorno della mia morte; » ei può manifestare la sua volontà con qualsivoglia termine, ma bisogna in breve che questo pensiero sia espresso, non potendosi indurre con presunzioni da tale o tal' altra circostanza. È necessario inoltre che la manifestazione di questa volontà si trovi nel testamento, o almeno in un testamento (poichè s'intende non esser necessario che ella sia in quello stesso che contiene il legato); se fosse espressa in una scrittura che non offrisse i caratteri del testamento, resterebbe senza effetto. Del rimanente si comprende che se cotale dichiarazione fosse scritta, datata e sottoscritta dal testatore, costituirebbe per sè sola un testamento olografo; perocchè presenterebbe una disposizione di beni, essendo il legare i frutti una disposizione d' una parte dei beni.

La seconda eccezione si applica al legato di una rendita vitalizia o di una pensione, e si effettua allorchè questa rendita o pensione sia legata a titolo di alimenti. È chiaro non essere qui richiesta che l'idea del testatore, di fare le sue liberalità a titolo di alimenti sia espressa; basterà che il fatto esista, ed appartiene ai tribunali laddove sorga contesa, verificarne la esistenza o inesistenza, secondo lo stato del legatario, e le altre circostanze della lite.

Per tal modo adunque nei due casi del nostro articolo il legatario in qualunque epoca formi la sua dimanda, fosse pure un anno e più dopo la morte (come per esempio se fosse stato assente al tempo della morte del testatore, e avrebbe saputo molto tardi la sua liberalità) avrà dritto dal giorno della stessa morte nel primo caso ai prodotti, interessi o frutti che si vogliano dell'oggetto legato qualunque sia, e nel secondo caso alle annualità della rendita o pensione (1).

II. — 130. I due casi di eccezione indicati dal nostro articolo non sono i soli che bisogna riconoscere, dovendosene aggiungere due altri:

1. Abbiamo detto sotto l'articolo precedente, che l'obbligo del legatario di dimandare il rilascio essendo una regola d' ordine pubblico, il testatore non potrebbe dispensarnelo neppure con una disposizione formale del testamento. Ma se simigliante clausola non può produrre tutto l' effetto che il testatore se ne riprometteva, poichè desso contraria leggi cui non è lecito derogare, nulla impedisce che produca lo effetto meno esteso che le leggi autorizzano. Or il dispensare un legatario

(1) La rendita sia vitalizia, sia perpetua è il *dritto* di raccogliere la prestazione periodica di certi valori in danaro o in derrate (art. 529, numero III (432)); i prodotti o frutti della rendita si appellano *annualità*. Queste annualità non sono nemmeno la rendita, come non sono l'usufrutto i frutti annuali che mi dà il mio usufrutto: l' usufrutto è un *dritto*, una cosa incorporale, *ipsum jus utendi-fruendi*; la rendita è anche un dritto di cui le annualità sono i frutti civili.

Dunque dee sembrare strana la novella interpretazione che ha dato Coin-Delisle del nostro articolo, confutando gli autori (num. 21-23). Secondo lui le annualità della rendita, sono la rendita stessa ed i frutti sono gl'interessi che possono produrre le somme dovute per annualità decorse. Giusta questo principio singolare il legatario di una rendita vitalizia (o d'una pensione) avrebbe diritto sempre alle annualità dal giorno della morte, *quantunque* il suo legato non fosse a titolo *di alimenti*, e quando fosse a titolo alimentario, avrebbe, senza alcuna dimanda, diritto agli interessi delle annualità decorse che non gli sarebbero pagate immediatamente. Questa teoria non è più esatta di quella insegnata dal medesimo autore (n. 3 e 4) cioè che ogni legatario puro e semplice produce per il legatario sin dalla morte del testatore la *proprietà* delle cose legate. Noi non intendiamo come Coin-Delisle si spieghi che il legatario divenga proprietario dal momento della morte allorchè l'obbietto del legato sia una somma di denaro, una cosa indeterminata, un genere, un fatto, ec. È molto evidente che il legato, in questi casi differenti, non produca che un dritto personale, un credito contro il debitore del legato.

dal farsi rilasciare la cosa legata, darglisi il diritto di impadronirsene da sè stesso, e senza bisogno di farne avvertito alcuno quando egli vorrà ed immediatamente dopo la morte, vale a dire nè più nè meno che gli si conferisce dal momento della morte stessa il dritto più intero sulla cosa legata, cioè la proprietà ed il godimento ; e poichè la legge permette positivamente al testatore di dare al suo legatario il godimento immediato dal dì della morte, non v' ha nè ragione, nè pretesto per negarglielo in questo caso, il quale alla fin fine rientra nel n. 1 del nostro articolo.

2. Quando alla morte del testatore il legatario si trovi già in possesso della cosa legata, è chiaro che non v'ha più necessità per lui di domandarne la consegna all'erede, o ad ogni altro debitore del legato. Certamente egli dovrà rendere legale la sua condizione in faccia a quest'ultimo, dimandandogli un atto, non già per autenticare (come negli altri casi), ma per surrogare il rilascio di fatto. Se non che avendo dal momento della morte e proprietà, e possesso della cosa insieme, sembraci evidente che appartenga a lui raccoglierne i frutti da questo stesso momento in poi. Così, per esempio, quando Pietro mi deve 10,000 fr. ed io gliene fo un legato, val quanto dire gli lego la liberazione del credito che ho contro di lui. è evidente che dal momento stesso della mia morte . egli non dovrà pagare più interessi per tale credito già estinto, e che non sarà necessario fare una dimanda di rilascio affinchè i frutti dei 10,000 fr. legati gli appartenessero. Il Duranton (IX-272) è di avviso contrario; ma la nostra dottrina è abbracciata dal più degli scrittori antichi e moderni, i quali insegnano che se il legatario non può *mettersi* da sè stesso nel possesso, non gli è proibito di mantenervisi, laddove l' abbia (1).

131. Noi ammettiamo dunque quattro casi in cui i frutti della cosa legata appartengono al legatario dal giorno della morte: 1° quando il testatore l'ha detto espressamente, 2° quando ha legato una pensione o una rendita vitalizia a titolo di alimenti; 3° quando ha dichiarato che dispensa il legatario dal dimandare il rilascio; 4° finalmente quando ha legato una cosa che si trova già posseduta di fatto dal legatario.

Non fa d' uopo ritornare qui a parlare della opinione, da noi abbastanza rigettata sotto l'art. 604 (529) cioè di quella che proclama appartenere del pari al legatario i frutti dal giorno stesso della morte, allorchè il legato sia di un usufrutto.

1016 (970). — Le spese dell'istanza per il rilascio saranno a carico dell' eredità, senza che però possa provenirne alcuna riduzione della riserva legale.

Le tasse di registro saranno dovute dal legatario.

Tutto ciò avrà luogo, se non è stato altrimenti ordinato col testamento.

Ogni legato potrà essere registrato separatamente, e tale registro non potrà giovare ad alcun altro fuorchè al legatario, od aventi-causa da esso.*

132. Le spese alle quali il rilascio può dare occasione, debbono andare a carico della successione debitrice dei legati, conforme quel principio di dritto comune, che le spese del pagamento sono a peso del debitore essendo un accessorio, ed una parte del suo debito (art. 1248 (1201)). Nondimeno sarà così ogni qual volta il valore delle spese del rilascio cumulato al capitale dei legati, non superi la quota di-

(1) V. Pothier (cap. 5, sez. 2) ; Furgole (*Test.*, cap. 10); Merlin (*Rep.*, v. *Legato*) ; Grenier (numero 301) ; Toullier (V-541) ; Delvincourt, Proudhon (*Usufr.*, n. 386); Dalloz (cap. 7); Poujol (articolo 1006, n. 5 (932)); Coin-Delisle (n. 27).

*—L'art. 970 Cod. p. 1 che mette a carico della eredità le spese per ottenere il rilascio del legato, non toglie ai giudici di merito la facoltà che loro concede l'art. 222 Cod. di P. C. di compensarle in tutto o in parte. Corte suprema di Palermo, 26 luglio 1856 (di Maria e Pottino).

sponibile, dacchè veramente non tutta la successione ma soltanto il disponibile è quello su cui si devono i legati, e la riserva non può giammai essere menomata. — I dritti di registro, cioè di mutazione delle proprietà sono sempre dovuti da colui che l'acquista, e quindi sono qui dovuti dal legatario. Nulla dimanco il disponente può a suo grado mutare l' una o l'altra regola, ordinando che le spese di rilascio saranno a carico del legatario, o per l'opposito che la successione (sempre nella sua parte disponibile) pagherà le spese di registro.

Del rimanente il nostro articolo per ciò che concerne le spese di mutazione, ha fatto agli antichi principî un cangiamento che richiedeva l'equità.

In altri tempi colui tra parecchi legatari che voleva registrato il legato, dovea fare eseguire e pagare il registro dell'intero testamento, salvo il suo regresso contro gli altri; ora egli può richiedere per il suo legato solamente un registro parziale, il quale certamente non avrà effetto se non per lui.

1017 (971). — Gli eredi del testatore, od altri debitori di un legato, saranno personalmente tenuti a soddisfarlo, ciascuno *pro rata* della porzione di cui partecipa nell'eredità.

Saranno tenuti per il tutto coll' azione ipotecaria, fino alla concorrenza del valore degl'immobili della eredità di cui saranno detentori.*

SOMMARIO

I. Tre azioni competono a' legatari per fare eseguire i loro legati: l'azione personale, la rivendicatoria, e la ipotecaria. Critica della teoria del Codice intorno a quest'ultima.

II. L' adempimento dei legati non è giammai dovuto ultra vires bonorum.

I. — **133.** Il legatario per ottenere lo adempimento del suo legato ha: 1° un'azione personale contro il debitore o i diversi debitori di esso, vale a dire contro i detentori a titolo universale della quota disponibile; 2° un'azione ipotecaria contro qualunque detentore di un immobile della successione, 3° finalmente, benchè il nostro articolo ne taccia, un'azione reale di rivendica allorchè il legato sia di un corpo certo e determinato, per modo che conferisca al legatario la proprietà, o uno smembramento di essa.

L'azione personale fondata sull'obbligazione alla quale si sottomettono i successori generali accettando sia la successione, sia il legato universale o a titolo universale, laddove parecchi sieno i debitori del legato, si divide in proporzione di ciò che prende ciascuno di essi, non già precisamente nella successione, come lo dice il nostro articolo, ma nella quota disponibile, essendo solamente su tale quota e non su tutta insieme la successione che i legati, a differenza dei debiti, debbono pagarsi (art. 1013, n. 1 (967)).

134. Intorno all'azione ipotecaria, il nostro articolo accordandola *per la totalità* del *legato* contro ciascun detentore d'un immobile ereditario, ha frainteso *il dritto romano*, e fatto una falsa *applicazione della* indivisibilità dell'ipoteca. Che un legatario abbia di pieno diritto ipoteca sopra tutti gl'immobili della successione per guarentigia del suo legato, sta bene; ma è chiaro che non doveva averla che nei limiti di quello che a lui deve ogni detentore. Sieno tre eredi, ciascuno per una terza, ed un legato di 12,000 fr., ciascuno dei tre eredi, accettando la successione diventa de-

* — L'ipoteca per i legati è dividua rispetto agli eredi, e non può esercitarsi contr' essi, che in proporzione delle rispettive quote ereditarie. C. S. di Napoli 29 aprile 1326.

— L'erede nella riserva non deve contribuire al pagamento de' legati. C. S. di Napoli 24 feb. 1853.

bitore di un terzo del legato, cioè di 4 mila fr.; ma se il legatario non è creditore di ciascun erede che per 4,000 fr., come dunque gli date ipoteca contro di quello per 12,000? Può darsi forse un' ipoteca più estesa del credito cui garentisce? Nè vi fate a paragonare il caso del legato con quello di un debito il quale dal defunto si sarebbe trasfuso negli eredi. Quando una persona contro di cui ho un credito di 12 mila fr. ipotecato sopra i suoi tre immobili, muore lasciando tre eredi ciascuno dei quali ne prende uno, gli è vero che ho ipoteca sopra tutti gli immobili per i miei 12,000 fr. benchè ogni erede del defunto non me ne debba personalmente che 4,000, ed eccone la ragione... Io ho avuto sin dal principio *unico* credito di 12,000 fr. dacchè non eravi che un debitore ed un solo debito. Quello che era il debito della persona già morta, è diventato dei suoi immobili mercè l'accordatami ipoteca su d' essi, ed allora ho avuto per debitori da un lato la persona, dall'altro gl'immobili; la persona mi doveva 12 mila fr. e gl'immobili dovevano pure gli stessi 12,000 fr. e da che il debito ipotecario è indivisibile, ciascuno dei tre immobili, e ogni parte di ciascuno di essi mi doveva i 12,000 fr. Dunque quando la persona ha cessato di vivere, il debito personale si è tripartito fra i suoi tre rappresentanti, i quali non continuavano a rappresentarla che ciascuno per una terza parte, rimanendo il debito intero contro i tre immobili, ognuno dei quali me ne deve sempre la totalità. Tutto ciò è la conseguenza dell'art. 2114 (2000) con cui si dichiara che « l'ipoteca è indivisibile; ch'essa sussiste per *intero* sopra *tutti* gl' immobili che vi sono obbligati, *sopra ciascuno* e sopra ogni parte di essi; e che l'ipoteca (con tale natura indivisibile e aderente sopra ciascuna parte della cosa) li segue in qualunque sia la persona che li possegga ».

Che cosa osservate di somigliante pel vostro legato? Il legato non era dovuto prima della morte del testatore; il credito del legatario non si è trasfuso dal testatore nei di costui tre eredi, perocchè il testatore nulla doveva. Il credito è cominciato nella persona di cotesti eredi, essendo nato non unico, ma triplo per modo che sin dall'origine vi sono stati tre crediti ciascuno di 4 mila fr. Dunque se il vostro legatario, rispetto a ciascun erede ha un credito di 4 mila fr. il quale tale è stato sempre sin dal suo nascere, come gli accordereste contro cotesto erede una ipoteca di 12,000 franchi? non vedete che per la parte, la quale è senza credito, l' ipoteca è un accessorio senza principale, un effetto senza causa, un' assurdità.! I nostri compilatori così han creduto seguire il dritto romano; ma se invece di appagarsi dell' idea vaga che Giustiniano avea creato un' ipoteca per i legatari, avessero letto la costituzione di questo imperatore, vi avrebbero aggiunto che la non si accordava contro ciascun debitore del legato che per la sua parte: *in tantum et hypothecaria (actione) unumquemque conveniri volumus*, *in quantum personalis actio adversus eum competit* (Cod. l. 6, t. 43, 1° infine). — Del rimanente il nostro articolo è formale, e sebbene poco logica sia la sua disposizione, dobbiamo certamente seguirla.

II. — 135. I due principî dianzi esposti, che l'erede non debbe i legati come una continuazione della persona del defunto, e ch' essi sono dovuti sul disponibile della successione, risolvono agevolmente la quistione ancora dibattuta, cioè se l'erede puro e semplice sia tenuto di soddisfare i legati *ultra vires bonorum*... La negativa ci pare evidente.

Prendendosi i legati sul disponibile, ed i successori generali dovendoli nei limiti di questo disponibile che possiedono (articoli 1009, 1013 (935, 967)) come volete che l'erede vi sia tenuto ancora dopo che la intera successione è esaurita?... Qui la qualità di erede puro e semplice è di nessuna rilevanza, e chi n' è investito per la soddisfazione dei legati è nella medesima condizione dello erede beneficiato e dei legatari universali o a titolo universale. La distinzione tra l'erede puro e semplice e gli altri successori generali esiste pei debiti; l'erede puro e semplice

rappresentando la persona del defunto è tenuto a tutto ciò, cui quegli era tenuto; e se il defunto doveva pagare 100,000 fr., egli li pagherà ugualmente senza aver riguardo al valore dei beni che abbia potuto raccogliere; per l'opposito, dacchè l'erede beneficiato e gli altri successori generali non ne rappresentano la persona, non sono obbligati personalmente, ma lo sono pei beni loro devoluti, e che costituiscono il pegno dei creditori del defunto, per modo che essi nulla più debbono provando di non possedere più alcun valore ereditario. Da qui l'importanza di sapere, allorchè trattasi di pagamento di debiti, se il successore sia o non un erede puro e semplice.—Ma quando è quistione di legati, di cose che non si è tenuto a soddisfare come rappresentanti la persona del defunto, dacchè questi non le doveva, che rileva allora se il successore rappresenti o pur no la persona defunta? Del pari notiamo che l'accettazione beneficiaria (la quale cancella il titolo di erede puro e semplice) è immaginata per garentire l'erede, non già contro il pagamento dei legati, ma unicamente contro il pagamento dei debiti; « essa, dice l'art. 802 (719), dà all'erede il vantaggio di non essere tenuto del pagamento dei *debiti* che sino alla concorrenza dei beni». Ora dacchè qui lo erede puro e semplice è nella medesima condizione degli altri successori generali, e dacchè si conviene certamente che costoro non sono tenuti ai legati *ultra vires*, il primo non vi sarà nemmeno obbligato. Come dunque potrebbe essere altrimenti? è lecito forse esser liberale delle cose altrui? poteva forse la legge permettervi di disporre delle sostanze dei vostri eredi, essa che neppure vi fa lecito disporre per intero di quello che vi appartiene?

136. Le obbiezioni che si sono fatte a questa dottrina non sono gran fatto speciose. E dapprima si argomenta dai differenti testi (art. 724 (645) ed altri), i quali dichiarano che l'erede è tenuto di soddisfare i debiti ed i *pesi* della successione, e pretendesi che la parola *pesi* aggiunta alla parola *debiti*, si applichi necessariamente ai legati. Se non che nissun articolo dice che lo erede puro e semplice pagherà i debiti o i *pesi ultra vires*; ed il solo art. 802 (719) che indica per argomento *a contrario* il pagamento *ultra vires bonorum* ne parla solo per i debiti. D'altronde la parola *pesi*, anche allorchè segue la parola *debiti* non pare usata in un senso ben determinato e differente dall'altro. Così, quando l'art. 1009 (935) dichiara il legatario universale, il quale concorra con un erede riservatario, obbligato a pagare *i debiti e pesi per la* sua parte, è chiaro che non intende parlare de' legati, perocchè è la parte susseguente dell'articolo che lo dichiara tenuto soddisfare questi legati solo; medesimamente allorchè l'art. 1012 (966) dichiara il legatario a titolo universale tenuto ai *debiti e pesi*, non comprende neppure i legati, dacchè si provvede a questi mercè l'art. 1013 (964) che segue. Così dunque le espressioni *debiti e pesi* si trovano scritte per ridondanza ad indicare i debiti di ogni specie. Si vuol trar pro ancora dall'art. 783 (700) dicendosi che se lo scovrirsi di legati, i quali privassero l'erede di più della metà dei beni, gli permette di farsi restituire contro la sua accettazione, gli è certamente perchè *egli sarebbe* obbligato sempre, ed *assolutamente* di soddisfarli ancora quando *i beni* ereditari non gli fossero bastevoli per adempirvi.

Se non che basta rimandare alla spiegazione da noi data di questo art. 783 (700) per convincersi che tale supposizione non sia affatto necessaria.

1018 (972). — La cosa legata sarà rilasciata con gli accessori necessari, e nello stato in cui essa si troverà nel giorno della morte del donante.

137. In questo trattasi di legati di corpi certi e determinati.

Quando si dà una cosa, s'intende comprendere nella liberalità tutto quello, senza

di cui la cosa donata non servirebbe alla sua destinazione. Così quando mi si è legata una spada, l' erede (o altri che sia debitore del legato) mi deve rilasciare ben anco il fodero, il quale è necessario per portarla; il legato di un quadro comprende la sua cornice, quello di un pendolo abbraccia lo zoccolo ed il globo. Allorchè mi si è legato un ettare di terra che giaccia fra mezzo la terra del testatore e che non confini con la via pubblica, l'erede mi dovrà il passaggio a traverso di questo terreno per riuscire alla strada non già in virtù dell' art. 682 (603) ed a titolo di servitù legale, ma a titolo di legato qual cosa accessoria compresa nella liberalità del defunto, e però senza indennità.

La cosa legata, dice l' articolo, è dovuta al legatario nello stato in cui si trova nel giorno della morte del testatore. Se non che tale proposizione non è qui espressa in un senso assoluto, e per fare allusione ai cangiamenti posteriori alla morte, del pari che a quelli che sarebbero anteriori; trattandosi solo di questi ultimi. Così quali che sieno i cambiamenti anteriori alla morte, e l'oggetto del legato si sia danneggiato, o migliorato nello intervallo dal giorno in cui si fece il testamento a quello della morte, andrà tutto in vantaggio, o ai danni del legatario, essendosi dovuta la cosa nello stato in cui sarà al tempo della morte. Ma ciò non va applicato pei cambiamenti sopravvenuti fra la morte e il rilascio. Così la cosa per caso fortuito, e senza alcun fatto dell' erede sia gravemente danneggiata dopo la morte perdendo metà di valore, il legatario non potrà certamente pretendere che gli fosse rilasciato nello stato in cui era al tempo della morte, o che gli fosse dato un ristoro; avvegnacchè l'art. 1245 (1198) dichiari, che il debitore di un corpo certo vien liberato, rilasciando la cosa nello stato in cui si trovi al tempo del rilascio, purchè i deterioramenti non vengano per proprio fatto, e l' art. 1042, 2° § (997) dice secondo il medesimo principio essere caduco il legato se la cosa perisse, dopo morto il testatore, senza il fatto dello erede. D'altra mano, è manifesto appartenere egualmente al legatario gli accrescimenti e le migliorie che avrebbe potuto ricevere la cosa dopo la morte, per cause fortuite. Dal giorno della morte il proprietario ha la proprietà della cosa, quindi per lui si migliora, svilisce, o si perde. — Tutto ciò val lo stesso, che il legatario dovrà prender la cosa nello stato in cui è nel *giorno del rilascio*, purchè tale stato non provenga da un fatto dell'erede posteriore alla morte (vedi la spiegazione dell'art. 1042 (997).

1019 (973). — Quando colui che ha legato la proprietà di un immobile, l' avesse accresciuta con acquisti posteriori, questi, ancorchè contigui, non si riterrà che facciano parte del legato, senza una nuova disposizione.

Si riterrà il contrario riguardo agli abbellimenti, od alle nuove fabbriche fatte sul fondo legato, o ad un recinto di cui il testatore avesse ampliato il circuito.

SOMMARIO

I. Questo articolo è una applicazione del precedente. Esso ci spiega in quali casi gli aumenti recati ad un immobile faranno una cosa con esso, e faranno un mutamento di stato; in quali altri formeranno uno immobile distinto.

II. Che cosa bisogna intendersi per costruzioni novelle *nel secondo paragrafo.*

I. — 138. Abbiamo veduto con l'articolo precedente, che la cosa legata deve rilasciarsi al legatario nello stato in cui si trovi alla morte del testatore; e quindi il legatario si avvantaggia dei miglioramenti o aumenti che ella abbia ricevuto nello intervallo, da quando si è fatto il testamento alla morte del testatore. Onde gli abbel-

limenti fatti sopra un terreno o un edifizio, le piantagioni fatte sopra un fondo, gli aumenti di costruzione fatti sopra una casa, o altri fabbricati fan certamente parte del legatario; in questo e in altri simiglianti casi la cosa non può esser dubbia, perchè è sempre lo stesso fondo o lo stesso edifizio accresciuti, migliorati o abbelliti, e il legatario li prende nello stato in cui essi sono alla morte.

Ma non è così semplice il caso nella ipotesi di immobili nuovi, acquistati da canto a quelli che si son legati, e ad essi riuniti. L' acquisto nuovo deve allora riguardarsi come dipendente ed accessorio dell' immobile legato, e bisogna dire che il tutto essendo l'antico immobile cresciuto, apparterrebbe per intero al legatario nello stato in cui si trova; ovvero la cosa legata, e l' altra acquistata dopo son due immobili, e quindi il legatario non potrebbe averne che il solo legato?

I nostri antichi scrittori non andavano in ciò di accordo. Il Codice ha troncato ogni quistione dichiarando che qualunque immobile dopo acquistato, fosse contiguo a quello legato, e senza badare al valore relativo sarà sempre riguardato come un altro immobile non compreso nel legato, tranne che non fosse un chiuso che il testatore avesse più ampio; allora o il testatore sia già proprietario di ciò che aggiunge, o lo abbia acquistato dopo il testamento, sia un fondo rustico o una casa di città, quando il tutto è circondato di una stessa chiusura (quale che essa sia) v' è un solo fondo che tutto insieme sarà compreso nel legato.

II.—139. È controverso che cosa bisogna intendersi per le *costruzioni novelle* di cui è discorso nel nostro secondo paragrafo. Toullier sembra che opini (V-53 e Coin-Delisle formalmente insegna (n. 1 che s'intendano tutte le costruzioni, anche quelle fatte sopra un terreno dianzi nudo, e che l' aggiunto *novello* significhi *posteriori al testamento*.

Noi al contrario crediamo con Delaporte, Vazeille (n. 5) e Poujol (n. 4) che s' intendano solo le costruzioni aggiunte a preesistenti fabbricati, o poste ov' erano antichi fabbricati; 1° perchè la espressione di *novelle costruzioni fatte sopra un fondo* ne presuppone anteriori sullo stesso fondo; 2° perchè il paragrafo tratta di semplici miglioramenti o aumenti dell' immobile, e in questo ordine di idee si comprende la ipotesi delle riparazioni di accrescimenti o ricostruzione di edifici, non potendo comprendersi le costruzioni *interamente* nuove fatte sopra un terreno *dianzi* nudo; 3° in fine, perchè come lo diremo sotto l'articolo 1042 (997) la costruzione di un fabbricato sopra un terreno che, per modo di esempio, era prima un giardino o un prato, distruggerebbe, a parlare giuridicamente, il giardino o il prato, e sarebbe quindi caduco il legato di questo o di quello, talmente che il legatario anzichè potere aggiungere la costruzione al terreno dapprima legato, nemmen questo serberebbe. — Noi qui supponiamo una grossa costruzione che coprisse tutto o la maggior parte del terreno legato; avvegnacchè se dessa fosse di poca importanza, una tenda costruita in un giardino, una prateria od un bosco, una capanna *posta* sopra un terreno acconcio a seme, *la costruzione* anzichè assorbire il giardino, il bosco, ecc., ne è l'accessorio, e rientra nei miglioramenti o abbellimenti, quindi al legatario appartiene insieme al terreno.*

* Troplong, *Don. e Test.*, n. 1910.

La regola dell'art. 1019 (973) piega nel caso in cui sul fondo legato siensi fatti degli abbellimenti o delle nuove costruzioni. Queste cose sono un accessorio che segue ovunque il principale, ed il legato *plenius restituitur fideicommissario*, per servirmi delle espressioni di Pomponio.

Così decideva Giavoleno nella legge seguente: « *Si areæ legatæ, post testamentum factum aedificium impositum est, utrumque debebitur, et solum et superficies.*

La medesima soluzione dà Ulpiano: « 1° *Si areæ legatæ domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem*: le quali provano che l'effetto legale dell'accessione e dell'incorporazione (art. 552 (447) C. Nap.) non debbe aver luogo sol quando v'abbia una volontà certa espressa dopo il testamento.

Può anche darsi che dal testamento medesimo risulti la prova che il testatore non abbia voluto

1020 (974 M).—Se prima o dopo del testamento la cosa legata si è ipotecata per n debito dell' eredità, od anche per il ebito di un terzo, o se è stata gravata di un usufrutto, quegli che deve soddisfare il legato, non è tenuto a renderla libera quando non ne sia stato incaricato dal testatore con un'espressa disposizione.*

140. Questo articolo come il precedente, egue ad applicare il principio stanziato lallo articolo 1018 (972), cioè che la cosa egata appartiene al legatario nello stato n cui si trovi alla morte del testatore, e non già in quello in cui era, quando facevasi il testamento. Così, quando sopra l' immobile legato sia imposta un' ipoteca o un usufrutto, il nostro articolo, senza distinguere come faceva il dritto romano e il nostro dritto antico, se il peso fosse precedente o posteriore alla formazione del testamento, se l'ipoteca garentisse un debito ereditario o quello di un terzo, decide assolutamente che il legatario di un immobile, su cui alla morte gravi la ipoteca o l' usufrutto, obbligato di prendere la cosa nello stato in cui allora si trovi, non possa pretendere che dallo erede si cancelli la ipoteca o si ricompri l' usufrutto.—Se non che il testatore potrebbe imporre tale obbligo al suo erede con una particolare disposizione.

D'altronde dal non essere tenuto l' erede a pagare il debito ipotecario innanzi di rilasciare l'immobile, non deesi inferire che sia obbligato a pagarlo il legatario. L' art. 871 (792) ci disse e l' art. 1024 (979) ripeterà che il legatario particolare non è mai obbligato ai debiti; e se ne pagasse alcuno per effetto dell' ipoteca, avrebbe azione contro l' erede o gli altri successori generali, art. 874 (T). Onde secondo il nostro articolo il legatario è obbligato a lasciar sussistere la ipoteca fino al tempo del pagamento del debito; restando sempre tenuto l' erede a pagarne il capitale o gli interessi.

1021 (975).—Quando il testatore avrà legato una cosa altrui, il legato sarà nullo, abbia o no il testatore saputo che essa non gli apparteneva.

SOMMARIO

I. Il legato della cosa altrui, valido prima del Codice civile, è dichiarato nullo dal nostro articolo —Conseguenze di questo nuovo principio.

II. Quid *se il proprietario di una cosa comune abbia legato tutto a parte di essa?*

III. Censura delle dottrine di Coin-Delisle e di Duranton intorno a ciò.

I.—**141.** Nel dritto romano, seguito in ciò dalla nostra antica giurisprudenza, era

legare che il suolo nudo, senza le costruzioni che egli divisava nell'atto della sua ultima disposizione; consulterannosi le clausole del testamento, ma nel dubbio si starà alle regole dell' accessione ed al testo del nostro articolo corroborato dall' articolo 552 (447) C. Nap.

* Il corrispondente articolo delle ll. cc. è così concepito:

Se prima o dopo del testamento la cosa legata sia stata ipotecata per un debito della eredità, o anche per debito di un terzo; e sia stata gravata di un usufrutto, quegli che dee soddisfare il legato, non è tenuto a renderla libera se non quando ne sia stato incaricato dal testatore con una espressa disposizione.

Ma se per effetto dell' azione ipotecaria il legatario sarà obbligato a pagare il debito di cui era gravato il fondo legato, egli subentrerà nelle ragioni del creditore contra gli eredi e successori a titolo universale. Lo stesso avrà luogo parimente a favore del legatario particolare in usufrutto, il quale, se vien forzato a pagare i debiti per cui il fondo è ipotecato, avrà lo stesso regresso contra l'erede proprietario del fondo, nel modo spiegato nell' articolo 537 (462).

Corre una grande analogia tra legati di certa cosa e le donazioni di beni presenti; e tranne la sola forma dell'atto con cui vanno messe ad esecuzione coteste maniere di disposizioni, non può mettersi in dubbio che l'analogia istessa sia perfettamente quanto alla causale, ed all'effetto delle medesime.

Quindi ciò che è prescritto pe' legatarî in proposito del subingresso, è a dirsi adattabile anche a' donatarî, per lo vieto principio desunto dalla sapienza romana, *ubi est eadem juris ratio, ibi idem statuatur oportet*. C. S. di Nap. 12 gen. 1852.

valido il legato che facesse un testatore della cosa altrui, conoscendo che la cosa non gli appartenesse, ed era nullo allorquando l' avesse stimata sua. Bisognava inoltre che il proprietario della cosa non fosse erede del testatore, perchè altrimenti il legato era valido quando pure il legatario l' avesse come cosa sua legata. Se non che quel legato che il testatore con iscienza facesse di una cosa appartenente ad un terzo, non ne trasferiva al legatario la proprietà, dandogli solo un'azione personale affin di costringere l'erede ad acquistare la cosa, e rilasciargliela, ovvero pagargliene il valore se il proprietario non consentisse a venderla.

Il nostro Codice avendo voluto toglier di mezzo questa regola, dichiara in modo assoluto che sarà sempre nullo il legato della cosa altrui. Ma questo mutamento non ha risultamenti tanto ampi come potrebbe credersi al primo vedere.—E primieramente, quando lego 10.000 franchi o due cavalli, il legato sarà di certo valido, sebbene nella mia eredità non vi fossero cavalli nè denaro; il nostro Codice, come l'antico dritto romano, parlando di cose altrui non intende quelle che sono nel commercio generale, ma solo i corpi certi e determinati.—Or se il testatore legando il tal cavallo o la tal casa, che sa non appartenergli, ha voluto spiegare così il suo pensiero : « Io voglio che il mio erede acquisti questo oggetto e lo dia a Pietro, ovvero se non possa acquistarlo gliene paghi il valore » il legato sarà per fermo valido. Lo sarebbe similmente quand'anche il testatore incaricando l'erede di acquistar la cosa, non gl'imponesse l'obbligo sussidiario di pagarne il valore se non l'ottenga; allora è vero non potrebbe eseguirsi il legato se il proprietario si ricusi a vendere, ma se questi consenta, il legato avrà il suo effetto.—Vi ha infine il caso in cui il testatore avesse legato direttamente la cosa altrui; e dove prima del Codice il legato era valido, 1° se il testatore sapesse di non appartenergli la cosa; 2° se la cosa fosse del suo erede, quando pure la stimasse sua, sotto il Codice al contrario sarà sempre nullo un siffatto legato, non essendosi fatta *distinzione* dal nostro articolo.

Così si restringono a tre i casi nei *quali* il novello principio del Codice mutando l' antico dritto rende nullo il legato , un tempo valido: 1° quando il testatore leghi direttamente una cosa che non appartenga nè a lui nè al suo erede , e che sappia non esser sua , 2° quando leghi *direttamente* la cosa del suo erede, la creda o pur no sua ; 2° quando in vece di *legar* direttamente la cosa di un terzo , egli incarichi solo il suo erede di *acquistarla*, e rilasciarla al legatario, ma che il proprietario non vuol vendere. Allorquando il testatore avesse legato direttamente la cosa di un terzo ritenendola per sua , *il* legato,come abbiam già detto,sarebbe *oggi* come altra volta nullo per modo *che non* vi è in ciò alcun mutamento.

II.—142. Qual sarebbe secondo la novella regola del Codice l' effetto del legato con cui il testatore disponesse di una cosa che ha comune con altri? Così Tizio comproprietario in metà con Sempronio suo fratello di un podere proveniente dalla eredità di uno zio , non per anco divisa, lega quel podere: quai dritti avrà il legatario? È mestieri prima indagare secondo le espressioni del testamento qual fosse la mente di Tizio, o se abbia inteso legare: 1° o il *podere*, o *il* terzo, la metà, i tre quarti, o qualunque altra frazione *divisa* del podere ; 2° ovvero soltanto la parte comune che aveva al *presente* in quel podere.

1° Supponiamo prima che *il* testatore abbia legato o l'intero *podere*, o una frazione *divisa* di esso.

Essendosi voluto legare l'intero podere, non può immediatamente determinarsi il valore del legato , dipendendo gli effetti da uno avvenimento che dovrà stabilire retroattivamente qual ne fosse la estensione; diversissimi saranno i risultamenti, secondo che la cosa sarà divisa fra i comproprietari o loro eredi , o alienata in vantaggio di un terzo.—Se il podere esce dalla comunione per una alienazione fatta

.n vantaggio di uno estraneo, ciascuno dei due fratelli sarà stato sempre dalla apertura della eredità, dello zio fino alla alienazione del podere. proprietario (in comune; ma che monta) della metà di esso; per modo che il legato fatto da Tizio è valido per la metà che gli apparteneva. Se non che, se l' alienazione avvenne innanzi che Tizio morisse, il legato dapprima valido non produrrà alcun effetto essendo stato rivocato (art. 1038 (993)). Se poi l'alienazione sia stata fatta dopo la morte del testatore, è rimasto valido il legato, e il legatario divenuto per la morte del testatore proprietario della metà comune che a costui apparteneva, ha dritto dopo l'alienazione alla metà del prezzo.

Bisogna diversamente decidere quando la comunione cessi per una divisione, o altro atto equivalente, che attribuisca la cosa ad uno o a più comproprietarî. Si sà che da noi, diversamente dal dritto romano, la divisione è semplicemente dichiarativa della proprietà, a segno che ciascuno dei comproprietarî dopo la divisione o l' atto che ne fa le veci, si reputa legalmente avere avuto *ab initio* nella cosa dianzi comune, nè più nè meno quello che la divisione gli assegna (art. 883 (803), n. I e II). Pertanto se nella divisione sorte l'intiero podere nella porzione di Sempronio, il testatore non essendo stato mai proprietario di alcuna parte, avrà legato la cosa altrui, e il legato sarà pienamente nullo; se la metà del podere entri nella porzione di Tizio o dei suoi rappresentanti, il legato sarà valido per metà; se in fine l'intero podere fa parte della porzione del testatore, il legato sarà valido per lo intero.

Se Tizio anzichè legare l'intero immobile, ne avesse legato il terzo, il quarto, o qualunque altra frazione, il legato sarebbe sempre nullo o valido secondo le riferite distinzioni, potendo sempre valere per la frazione legata, quando pure il podere sortisse per intero nella porzione del testatore o del suo erede.

2° Quando il testatore ha legato non il podere, nè alcuna frazione divisa di esso, ma la parte comune (la metà nel nostro caso) che gli appartiene di presente in esso, i risultamenti non saranno sempre quelli da noi indicati.—Se la comunione ha cessato in vita del testatore, e questi morendo lasci nel suo patrimonio la metà o più della cosa, il legatario prenderà pure la metà non ancora divisa che gli è stata legata, e che è sortita nella porzione del testatore. Se questi non ha più la metà alla sua morte, sarà nullo il legato, o per l'intero se la divisione nulla gliene abbia dato o in parte se egli abbia avuto meno della metà; sarebbe similmente nullo se il testatore raccolto tutto o parte del podere, avesse alienato ciò che gli fosse venuto, o venduto la sua parte ancora in comunione (art. 1038 (992)): per modo che in questi varî casi il risultamento sarebbe sempre il medesimo, che nella riferita ipotesi.—Ma se muore il testatore avendo sempre in comune la metà della cosa, non avrebbe più luogo il risultamento più sopra indicato per tale ipotesi. Abbiamo veduto che in tal caso, se il testatore avesse legato il podere, o la tal parte (divisa di esso), gli effetti del legato sarebbero determinati dalla seguita divisione. Qui, al contrario, essendosi appunto legata la metà comune che lascia il defunto, apparterrà al legatario, come apparteneva al testatore, e quello quindi otterrà o la metà divisa della cosa, se il podere sia diviso, ovvero, il prezzo della metà se il podere sia attribuito per intero ad un altro.

III.—143. Del resto non tutti son concordi nelle soluzioni da noi qui date. Così Duranton (IX-248) e Coin-Delisle (n. 12) insegnano che se la cosa, quando pure fosse stata legata *per intero*, sia ancora indivisa alla morte del testatore, il legatario anzichè esporsi allora alle vicende della divisione, è immediatamente proprietario della porzione indivisa, quale l' aveva il testatore; talmente che avrà invariabilmente o la porzione stessa, se nella divisione la cosa rientra nella porzione degli eredi del testatore, ovvero il prezzo in caso contrario, senza poter mai nè conse-

guire la totalità, nè vedersi ridotto a nulla. Ciò importa decidere, anche per il caso in cui si sia legato lo intero podere, come noi decidiamo per quello in cui il testatore abbia solo legato la sua parte comune nel podere.

Coin-Delisle si fonda sulla regola dell'art. 1018 (972), cioè, che la cosa legata appartiene al legatario nello stato in cui si trova alla morte del testatore. Ma innanzi di indagare in quale stato il legatario debba prendere la cosa legata, è mestieri conoscere se la cosa abbia potuto esser legata. Or nel caso nostro la cosa legata non è *la parte indivisa* nel podere, ma il *podere*; innanzi di conoscere in quale stato il legatario lo prenderà, è mestieri conoscere se egli abbia dritto a prenderlo, se il legato sia valido; ma il legato è nullo secondo il nostro art. 1021 (975) se il testatore non fosse proprietario del podere quando faceva il legato. Era il testatore proprietario del podere? È questa la prima quistione a risolvere; or dichiara l' articolo 883 (803) che dallo evento della divisione si conoscerà se il testatore fosse o pur nò proprietario. Coin-Delisle a parer nostro non ha scorto nemmeno la difficoltà.

143 *bis*. Duranton almeno accenna la quistione, dicendo che il principio dell'art. 883 (803) non è applicabile alla nostra materia, ma avrebbe dovuto (ciò che non fa) stabilire questa proposizione. Il dotto professore dice, che la regola dell' art. 883 (803) è solo obbligatoria pei comproprietarî fra loro, e se qualunque altro che uno di loro, acquistasse la cosa indivisa, non si riputerebbe averla avuta *ab initio* dal giorno della apertura della successione (*loc. cit.*, tom VII, 520). Ciò è verissimo, ma non sappiamo in che contraddica alla nostra teoria. Noi diciamo che se Tizio, o gli eredi di lui *che è uno dei comproprietarî*, riceve l'intero podere nella divisione, egli ne sarà stato solo proprietario *ab initio* secondo l'art. 883 (803) e quindi sarà valido il legato fatone; se poi al contrario il podere cade in sorte nella porzione di Sempronio *che è l' altro proprietario*, Tizio non sarà mai stato proprietario del podere, e quindi avrà legato la cosa altrui. Però noi non applichiamo il principio dell' art. 883 (803) che fra i comproprietarî; ed abbiam cominciato dal dire che se la cosa legata (anzichè restare per effetto o di una divisione o di un atto equivalente ad uno o più dei comproprietarî) passasse ad uno estraneo, non potrebbe più applicarsi l' artic. 883 (803).—Duranton insiste che nel dritto romano il legato fatto dal proprietario in comunione valesse solo per la parte che aveva il testatore nel giorno in cui facea il testamento, sebbene avesse detto; « io lego il *mio fondo* » e *poi* lo intero fondo gli fosse sortito. *Ma dimentica* Duranton che in Roma la divisione era traslativa di proprietà, e non già dichiarativa come da noi secondo l'art. 883 (803); se la divisione fosse da noi pur traslativa di proprietà, il testatore proprietario in metà, e a cui la divisione *avrebbe trasferito* e fatto *acquistare* l' altra metà, non legherebbe nemmeno quest' altra metà senza una nuova disposizione, avvegnacchè ciò positivamente *sia* dichiarato dall'art. 1019 (973). Ma siccome la divisione oggidì è semplicemente enunciativa, e il comproprietario che *ottiene* tutta la cosa è stato *ab initio solo* ed unico proprietario dell'intero, così egli ha potuto legarla validamente tutta viceversa, anche il suo legato è *nullo per* il tutto, se la divisione non *gli attribuisce* alcuna parte della cosa, ed egli quindi legalmente parlando, non è stato mai proprietario.

Del resto, si scorge da ciò che è stato detto, quanto sia importante che un testatore in simili circostanze manifesti chiaramente la sua volontà, dandole il necessario svolgimento.

— (976).*

* Nelle nostre leggi civili è stato aggiunto lo art. 976così concepito:

1022 (977).—Quando il legato sarà di una cosa indeterminata, l'erede non sarà obbligato a darla della migliore qualità, ma neppure potrà darla della qualità peggiore.

144. Questo articolo presenta implicitamente una prima regola che si allontana dai principî romani, cioè; che quando il testatore abbia legato una cosa determinata solo nella sua specie, e non già nella sua individualità, come un cavallo, una botte di vino, una casa, ecc., spetta all'erede scegliere la cosa da rilasciare al legatario, tranne che il testatore non abbia espressamente voluto che la scelta stesse nel legatario. In Roma la cosa andava diversamente: *Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatari est, nisi aliud testator dixerit* (*Instit. Just.*, 1, 2, t. 20, 55, 22).

Il nostro articolo accordando la scelta all'erede la restringe con dichiarare che egli non sarà tenuto a dar la cosa di miglior qualità, e nemmanco potrà offrirla della peggiore; dovendo rilasciarla di qualità mezzana, tranne che il testatore non abbia espressamente permesso allo erede una scelta assoluta, con potere anche darla di pessima qualità.

Se il testatore, viceversa, derogando al nostro articolo in favore del legatario, accordi a questi la scelta che per dritto comune appartiene all'erede, il legatario potrà pretendere una cosa della più bella qualità.

1023 (978). — Il legato fatto ad un creditore, non si riterrà come fatto in compenso del suo credito, nè il legato fatto ad un domestico, in compenso de' suoi salari.*

145. Essendo il legato una liberalità, non dee di leggieri credersi che il debitore legando una somma al suo creditore, abbia voluto conferirgli un nuovo titolo onde ottenere quello che gli era dovuto; il legato non si terrà fatto in compenso del credito. Così se io son debitore a Pietro di 1,000 fr. e gliene lego altrettanti, ovvero 500, ovvero 1,500, egli raccoglierà il legato rimanendo sempre creditore dei 1,000 fr. che io precedentemente a lui doveva. Questa prima parte dell' articolo comprende la seconda, in cui è una applicazione della regola, e che doveva togliersi come inutile; essendo chiaro che un domestico sia creditore dei salarî che gli son dovuti.

Ma se il legato a un creditore non è *riputato* fatto in compenso, può bene esserlo; se il compenso non dee *presumersi*, può essere provato dai termini del testamento. Così il legato è semplicemente in compenso, quando il testatore abbia detto: « Io lego a Pietro i 1,000 fr. da me dovutigli ». Essendovi controversia sull' intendimento dei termini usati, qui, come sempre, starebbe nei tribunali interpetrar l' atto, e giudicare in fatto se il testatore abbia o pur nò voluto fare un compenso.

1024 (979).—Il legatario a titolo particolare non sarà tenuto per i debiti dell'eredità, eccettuati i casi della riduzione del legato, come è stato sopra disposto, ed eccettuata l' azione ipotecaria dei creditori.

146. Sappiamo già che il legatario particolare non è mai tenuto ai debiti ere-

1 Quando il testatore abbia accordato la scelta sia all'erede, sia al legatario, questo diritto si tramanda all'erede. Fatta la scelta, non vi sarà luogo a pentimento ».

*—Il legato di liberazione non si estende a'debiti posteriori al testamento, nè alla garentia data a pro del debitore. C. S. di Napoli 7 febb. 1832.

—Un vitalizio per pagamento di servizî resi ed assistenze prestate, non può dirsi rivocato da un legato parimente rimuneratorio scritto in un testamento posteriore. C. S. di Nap. 7 mar. 1850.

ditari; e se è costretto a pagare un debito ipotecario perchè detiene l'immobile ipotecato, ha l'azione contro gli eredi o altri successori generali (art. 871 874 (TT)). Ma sappiamo altresì, che se la somma dei legati sorpassa la porzione disponibile, debbono tutti venir proporzionatamente ridotti (art. 926 (843)): ciò non si riferisce affatto al pagamento dei debiti, nè chiaramente si scorge perchè il legislatore abbia qui ricordato il principio della riduzione. Forse ciò fece mirando alla idea che l'aumento dei debiti scemando le entrate scemi quindi il disponibile, e può così generare la riduzione dei legati, i quali senza i debiti avrebbero avuto il loro effetto pieno. Che che ne sia, molti debiti possono evidentemente far diminuire od anche annullare i legati nel caso stesso in cui tutta l'entrata sia disponibile, nè vi sia riserva. In fatti se due o tre legati ascendano a 40,000 fr. e l'entrata ecceda l'uscita di 20,000 fr. ogni legato dovrà ridursi di metà; se le uscite pareggino o sorpassino l'entrata, tutti i legati sarebbero certamente nulli, come quelli fatti da chi nulla possedesse; aver più debiti che beni, vale non aver beni dacchè non *sunt bona nisi aere alieno deducto*.

D'altronde, quando si dice il legatario particolare non essere tenuto ai debiti, si intende dell'obbligo di contribuire in proporzione del valore del suo legato alla massa dei debiti ipotecari, ma non già dell'obbligo di soddisfare i debiti che fossero specialmente posti a suo carico, o per volere espresso del testatore, o per l'indole stessa della disposizione. — Così legando a Pietro il mio podere di Normandia col carico di pagare allo affittaiuolo che l'occupa i 3,000 fr. che gli devo, Pietro dovrà pagare il debito. — Così pure se ho legato a Paolo la eredità raccolta per la morte di mio zio, è certo che egli prendendo tutti i beni della eredità dovrà pagarne pure i debiti; avvegnacchè la *eredità* si componga di tutti insieme i *beni e i debiti*, e sia la entrata meno della *uscita;* or l'oggetto del legato appunto sono i beni e i debiti insieme: se dunque vi fossero 40,000 fr. di beni, e 10,000 di debiti, il legato di Paolo non è al postutto che di 30,000. Sarebbe altrimenti se avessi legato non già la *successione* di mio zio, ma i *beni* pervenutimi da lui, il legatario allora prenderebbe i beni e non pagherebbe alcun debito.

SEZIONE VII (X).

DEGLI ESECUTORI TESTAMENTARI.

1025 (980). — Il testatore potrà nominare uno o più esecutori testamentari.

147. L'esecutore testamentario è un mandatario deputato dal testatore per vegliare dopo la sua morte alla esecuzione del legato. Egli è vero che l'art. 2003 (1875) dichiara che il mandato cessa per la morte del mandante, mentre qui per lo appunto dalla morte del mandante comincia; ma ciò si spiega con l'idea che il mandato di esecutore testamentario essendo il solo che possa darsi per dopo la morte, e non essendosi chiamato dal Codice *mandato*, l'articolo 2003 (1875) nel darne la definizione ha potuto non tener ragione di un mandato affatto speciale. Ma non è men certo che l'*esecutore testamentario* sia il mandatario *del testatore* e non quello degli eredi o *legatari* come a torto ha detto Vazeille (n. 3). In fatti i poteri di cui è rivestito gli son conferiti dal testatore; in nome di lui egli agisce, e lo rappresenta in tutto che riguarda la esecuzione dei legati.

L'esecutore testamentario non può venir nominato se non per testamento, il che ben si scorge dal luogo occupato dal Codice nella nostra sezione. E in vero, il conferimento dei dritti dello esecutore pregiudica i dritti dello erede *ab intestato*,

perchè gli toglie sopra un punto il dritto di rappresentare il defunto; or qualunque modificazione ai dritti di una successione legittima, non può farsi che per testamento.

Il testatore, come si scorge dal nostro articolo, può nominare più esecutori testamentari ovvero un solo ; e dove più ne scelga, può conferire ad ognuno incarichi speciali e distinti, o dare a tutti i medesimi dritti (art. 1033 (988)). — Il testatore affine di impegnare l'esecutore ad accettare lo incarico, può fargli un legato con la condizione che accetti; il qual legato che per uso si è chiamato *diamante*, sarà caduco se l'ufficio non sia accettato.

1026 (981). — Potrà loro accordare lo immediato possesso di tutto o di parte soltanto dei suoi beni mobili, ma un tal possesso non potrà oltrepassare un anno ed un giorno, da computarsi da quello della sua morte.

Quando non l'abbia loro accordato, non lo potranno pretendere.

SOMMARIO

I. Il possesso legale di cui è discorso non conferisce all'esecutore che la detenzione dei mobili, ma non gli dà alcun dritto di possesso.

II. Il possesso legale può esser dato solo pei mobili, e per un anno e un giorno: dissenso con Delvincourt, Duranton e Vazeille.

I. — 148. Il testatore onde garentire la esecuzione dei legati di cose mobili è facoltato a porre tutti i suoi mobili per un anno sotto la custodia degli esecutori testamentari. Questo provvedimento non era necessario pei legati degli immobili , di cui non è da temersi la sottrazione.

Il nostro antico dritto consuetudinario, d'onde il Codice ha attinto le regole della nostra sezione (non essendo noti nel dritto romano gli esecutori testamentari) aveva prescritto la investitura di cui si parla nel nostro articolo, come una materiale detenzione, una semplice custodia dei mobili, per cui l'esecutore fosse non possessore, ma semplice sequestratario dei mobili. È chiaro, e tale è pur la dottrina degli scrittori , che il Codice nel riprodurre le espressioni delle consuetudini abbia voluto adottarne il pensiero. L'esecutore testamentario adunque avrà una investitura di fatto, che non scema quella di dritto dell'erede, o del legatario universale (art. 724 e 1006 (645, 932)) ; e costui sarà sempre possessore civile, come lo è il proprietario di cui il fondo sia occupato da un fittaiuolo o da un usufruttuario.

II. — 149. È controverso se il testatore possa dare al suo esecutore la investitura di beni che non fossero mobili , e conferirgliela per oltre un anno e un giorno. Dalloz risponde del no (cap. VIII , sez. 3); ma Delvincourt, Duranton (IX-400) e Vazeille (n. 2) , insegnano che sì. — Noi opiniamo fermamente essere in errore quest'ultimi.

Mettere sotto il possesso legale di un terzo, beni che appartengono all' erede , porli sotto sequestro togliendone il possesso al loro proprietario, è certo un provvedimento rigoroso, e che può solo usarsi quando la legge lo permette. Senza fallo il testatore avrebbe potuto legare all'esecutore o a qualunque altro i suoi immobili, anche in piena proprietà (supponendo che sieno beni disponibili senza di che non vi sarebbe pur quistione); ma sarebbe questa una disposizione normale , regolare , che avrebbe sostituito alla successione legittima quella del testamento , e sarebbe la pura e semplice applicazione degli articoli 893, 895, 915 , ecc. (813, 815 , 831, ecc.). Ma quando il testatore potendolo non ha usato di questi articoli, quando ha lasciato i beni nella successione legittima, trasmettendone la proprietà al suo erede, non può contro quest'ultimo usare il provvedimento eccezionale di cui tratta il no-

stro articolo, se non quando gli vien permesso dalla legge, cioè nei limiti dello stesso articolo; ora il nostro testo consente di conferire la investitura all' esecutore solo pei mobili, e per un anno e un giorno. Indarno insistono Delvincourt e Duranton, rispetto alla durata, che la regola ultima dell' articolo debba applicarsi nel caso in cui il testatore non abbia manifestato intorno a ciò la sua volontà. Ma non può intendersi in questo modo, rannodandosi alla precedente frase che costituisce il dritto del testatore : « *egli potrà* accordare il possesso; *ma questo non potrà* durare più di un anno , ed un giorno ». Se pure restasse qualche dubbio, una occhiata sui lavori preparatori del Codice basterebbe a dileguarlo; il nostro articolo infatti era stato compilato dapprima in modo che tuttocchè presentasse il medesimo senso che oggi, era pure diverso : « egli potrà dar loro, così diceva, per un anno ed un giorno il possesso di tutto o solo... » (Fenet, XII, p. 386). Il Tribunato quando ebbe comunicato questo articolo ne adottò pienamente il concetto , e volle esprimerlo con maggiore energia: « *Bisogna*, egli disse, manifestare che il possesso in nissun caso possa durare per più di un anno ed un giorno. » Propose che fosse così compilato ; « Potrà accordargli il possesso di tutto o solamente... *ma il possesso non potrà durare oltre un anno* ed un giorno... » (Fenet , pagina 462 , art. 137) e così fu adottato. Non è abbastanza chiaro? — Duranton ha voluto rispondere che le parole del Tribunato *in nissun caso* non sono state inserite nell'articolo, ma in vero l' obbiezione non è felice, perchè il Tribunato non avea chiesto che vi fossero inserite.

150. Del resto ammettiamo con Duranton e gli altri scrittori , che se il testamento non fosse noto immediatamente dopo la morte, o se il possesso dell' esecutore fosse ritardato da impedimenti, litigi, difficoltà che metterebbe innanzi l' erede, il possesso dovrebbe cessare dopo l'anno e il giorno da computarsi dal punto *in cui* avrebbe potuto incominciare , e *non già* dalla morte. Quel che è necessario ed è voluto dalla legge, e fu richiesto dal Tribunato si è, che il possesso *non duri mai oltre l' anno e il giorno*. Se il possesso ha incominciato alla morte, come suppone la legge , e come di ordinario accade , finirà dopo l'anno dal giorno della morte, ma incominciando più tardi cesserà anche più tardi.

1027 (982). — L'erede potrà far cessare il detto possesso, offrendosi a consegnare agli esecutori testamentari una quantità di denaro bastante al pagamento dei legati dei mobili, o giustificando d'averli soddisfatti.

151. Essendo il possesso stabilito non nello interesse degli esecutori testamentari , ma solo perchè si assicuri il pagamento dei legati delle cose mobili , era ben naturale che l'erede potesse farlo cessare, soddisfacendo egli stesso i legati, ovvero dando agli esecutori una somma bastevole per soddisfarli. Ma non sarebbe per ciò sufficiente una cauzione.

1028 (983). — Quegli che non può obbligarsi, non può essere esecutore testamentario.

152. A differenza dei mandatari ordinari, l'esecutore testamentario non dovrà render conto a quei che lo sceglie , ma agli eredi contro cui adempie il suo ufficio; e gli eredi che posson esser lesi dalla sua mala amministrazione non han dritto di rivocarlo. In tal caso non potrebbe più seguirsi la regola dello art. 1990 (1862), il quale consente che si scelga un mandatario fra gl' incapaci. — Che si possano confidare i propri affari ad una persona incapace di obbligarsi, ben si comprende nei

asi ordinari, quando voi stesso dovete risentir gli effetti della sua incapacità, e potete altronde rivocarlo a vostro libito; ma sarebbe assurdo e insieme iniquo, se il mandatario potesse nuocere a chi non lo ha scelto, nè può rivocarlo. Il nostro articolo dichiara quindi che non può essere esecutore testamentario chi non può obbligarsi, il che viene sviluppato nei due seguenti articoli.

Del resto, non monta che lo esecutore eletto, sia, o pur no capace quando sia nominato, bastando che lo sia alla morte del testatore. Se costui sceglie uno in minore età, e questi attinge la sua maggiore età innanzi che si aprisse il testamento, la nomina potrà produrre il suo effetto. Dippiù i nostri articoli 1028, 1029 e 1030 (983, 984 e 985) non dicono che l'incapace non potrà *esser nominato* esecutore; ma che non possa *essere* esecutore; *accettare* la esecuzione.

1029 (984). — La donna maritata non potrà accettare il carico di esecutrice testamentaria, senza il consenso del marito.

Se la medesima è separata di beni tanto in forza del contratto di matrimonio, come per sentenza, potrà assumere il detto carico coll'assenso del marito, od in caso di rifiuto, coll'autorizzazione giudiziale, in conformità di quanto è stato prescritto negli articoli 217 e 219 (206 e 208) nel titolo del matrimonio.

153. La donna maritata diventa capace di obbligarsi o con l'autorizzazione del marito (art. 217 (206)) o con quella del magistrato (art. 219 (208)), e quindi sembra che ella potrebbe sempre accettare di essere esecutrice testamentaria, autorizzata dell'uno e dell'altro modo. Pure non è così; e se talora l'autorizzazione del magistrato è bastevole, tale altra è indispensabile quella del marito.

Quando la donna è sottoposta al regime della comunione, nel quale il godimento dei suoi propri beni appartiene al marito (art. 1401-2° e 1421 (T e 1396)), l'obbligo contratto dalla moglie senza la autorizzazione del marito, e col solo permesso del magistrato non potrebbe avere esecuzione, che sulla nuda proprietà dei beni propri di lei (art. 426 (348)); e la legge che trova insufficiente una tal garenzia dichiara, che la moglie non potrà in tal caso accettare il carico di esecutrice testamentaria, che autorizzatavi dallo stesso marito. Sarebbe pur così sotto il regime esclusivo di comunione, in cui la condizione della moglie è anche meno vantaggiosa (art. 1530, 1531 (TT)), e sotto il regime dotale se la moglie non abbia beni parafernali, avendo anche il marito il godimento dei beni dotali (art. 1549 (1362)). Ma quando la moglie sia separata di beni, o quando maritata sotto il regime dotale abbia beni parafernali (i quali son soggetti alle stesse regole, che i beni del regime di separazione) siccome ella ha allora il godimento (art. 1536, 1576 (T, 1389)), e può essere perseguita sulla piena proprietà, quantunque obbligata con l'autorizzazione del magistrato, cotesta autorizzazione le basta per assumere il carico di esecutrice testamentaria. Se il secondo paragrafo del nostro articolo, che fa eccezione per il caso di separazione di beni alla regola stanziata dal primo, non la fa pei beni parafernali, gli è che al tempo che si compilava il nostro titolo, neppur si pensava al regime dotale che non esisteva nel progetto del Codice; esso vi fu introdotto per ammenda nove mesi dopo, quando fu discusso il titolo del *contratto di matrimonio*. Fenet (II, p. 302 a 334, lib. 3, tit. 10 del progetto).

1030 (985). — Il minore non potrà essere esecutore testamentario neppure colla autorizzazione del suo tutore, o curatore.

154. Il motivo di questa regola lo abbiamo spiegato con le osservazioni fatte

sotto l'art. 1028 (983). Scelga il testatore se vuole il curatore o il tutore del minore; ma non può anche con l'intervento di costoro scegliere il minore stesso.

Il nostro articolo del resto è inesatto quando parla dell'*autorizzazione* del tutore; questi da noi agisce *negotia ipse gerendo, non auctoritatem interponendo*, come a Roma; non è incaricato di autorizzare il pupillo, ma di agire in sua vece e rappresentarlo (art. 450 (373)).

1031 (986). — Gli esecutori testamentari faranno apporre i sigilli, quando vi siano eredi minori, interdetti od assenti.

Faranno stendere in presenza dell'erede presunto, o formalmente citato, l'inventario dei beni dell'eredità.

Non essendovi denaro bastante per soddisfare i legati, faranno istanza per la vendita dei mobili.

Invigileranno ad oggetto che il testamento venga eseguito, ed in caso di controversia sopra la sua esecuzione, potranno intervenire in giudizio per sostenerne la validità.

Spirato l'anno dalla morte del testatore, dovranno rendere conto della loro amministrazione.*

SOMMARIO

I. Questo articolo suppone esecutori investiti; uno che non sia investito non ha obbligo *di fare apporre i suggelli, far l'inventario e rendere il conto.*

II. Ma quando l'esecutore non è investito ha dritto *fare apporre contro gli eredi, i suggelli, e fare stendere un inventorio, — L'esecutore investito non deve pagare i debiti della eredità senza il consenso dell'erede o l'ordine del magistrato.*

III. Il testatore può dispensare l'esecutore investito di far l'inventario; salvo a farlo gli eredi stessi. Non può dispensarlo dal conto.

IV. Il possesso legale appena spirato non fa cessare il titolo e i dritti di esecutore testamentario.

V. L'esecutore testamentario non può come qualunque altro essere incaricato di rilasciare valori ereditari ad una persona che non sia nota allo erede.

I. — 155. Questo articolo suppone uno esecutore testamentario che ha il possesso legale come viene abbastanza provato dai paragrafi 1°, 2° e 5°; infatti lo esecutore unicamente quando è investito e deve prendere il mobiliare, è obbligato se vi sono eredi incapaci, a far mettere immediatamente i mobili sotto suggello per impadronirsene, posciacchè gl'incapaci saranno legalmente rappresentati. e mercè un inventario che raccerti regolarmente il valore delle cose che si mettono nel suo possesso (§ 1° e 2°). Egli unicamente quando è investito può render conto della sua amministrazione spirato l'anno ed un giorno (§ 5°). Se lo esecutore non fosse investito, se non avesse il possesso dei mobili, di quale amministrazione potrebbe render conto? Perchè sarebbe obbligato di far apporre i suggelli e stender l'inventario? Sarebbe questo nell'interesse degli eredi incapaci, perchè s'impedisca che i mobili fossero distornati ai loro danni dai lor coeredi? Nò di certo, avvegnacchè lo esecutore testamentario sia istituito nello interesse dei legatari per assicurarsi l'esecuzione del testamento e *non mai nello* interesse degli eredi. Sarebbe questo nell'interesse dei legatari, e a fin di prevenire la sottrazione che potrebbe farsi ai loro danni dagli eredi? Nemmanco, perchè allora la legge non avrebbe ristretto l'obbligo dell'esecutore al caso in cui vi sieno eredi incapaci. L'articolo dunque suppone uno esecutore investito; ed egli è soggetto ad apporre i suggelli e a far l'inventario per

* — L'esecutore testamentario non può convenire in giudizio i debitori ereditari. Questo dritto non può competere che al solo erede. Corte suprema di Napoli, 2 sett. 1848.

un provvedimento preso contro lui stesso nello interesse degli eredi ai quali dovrà poi render conto.

II. — 156. I paragrafi 3° e 4° che incaricano l'esecutore testamentario di vegliare alla esecuzione dei legati, massime promovendo la vendita dei mobili, quando il contante non basta a soddisfarli (ma non già la vendita degli immobili, come era permesso da alcune consuetudini di cui le disposizioni non volle il Codice riprodurre) e intervenendo nel piato in cui si trattasse della validità del legato (nei quali piati egli può intervenire senz'essere mai attore e convenuto principale); si applicano parimente quando l'esecutore non sarà investito, dacchè indicano solo gli uffici essenziali alla qualità di esecutori testamentari. Ora il secondo di questi paragrafi incaricando generalmente l'esecutore di vegliare alla esecuzione del testamento, ci sembra render facultativo a colui che non è investito, ciò che è obbligatorio per quello investito, cioè l'apposizione dei suggelli e l'inventario; l'esecutore non investito non *deve* più, ma *può* far procedere all'apposizione dei suggelli e all'inventario, nello interesse dei legatari, affinchè gli eredi non possano sottrarre, svilire i mobili, che sono la garenzia oppure l'oggetto dei loro legati.

156 *bis*. Sebbene l'esecutore testamentario non sia mai obbligato con tal titolo a pagare i debiti del defunto, può infatti quando ha il possesso legale, essere attaccato dai creditori ereditari come detentore dei mobili della successione, potendo eglino esercitare i loro dritti tanto sui mobili, che sugli immobili. L'esecutore in tal caso non dovrà pagare che col consenso dell'erede, o per ordine del magistrato onde evitare le difficoltà nel rendimento del conto. È altrimenti dei debiti derivati dalla sua propria amministrazione; così l'esecutore non aspetterà di essere autorizzato dall'erede, per pagare le spese dei funerali ordinati dal testamento, e che rientreranno nella esecuzione del testamento, quelle dei suggelli che fa apporre, dello inventario che fa stendere, delle iscrizioni ed altri atti conservatori che può fare nello interesse dei legatari; pagherà solo tutte queste spese, e le appunterà nel conto (art. 1034 (989)).

III. — 157. È quistione controversa, se il testatore possa dispensare il suo esecutore testamentario investito del mobile, dell'obbligo di fare l'inventario di essi nel prenderli, e renderne conto spirato il possesso legale. Grenier (n. 337); Favard (*Esecuz. test.*, n. 7) e Vazeille (n. 14) accostandosi in ciò alla opinione di Pothier rispondono del no; al contrario Delvincourt, Toullier (V-604) e Duranton (IX-406) riproducendo l'antica dottrina di Ricard sostengono l'affermativa; Coin-Delisle (che come Merlin e qualche altro scrittore parla solo della dispensa dello inventario e non già del rendiconto) non scorge in ciò che *una quistione di parole*, che non potrebbe offrire gravi difficoltà, e come Merlin risponde anche del sì. Forse il nostro dotto collega, se avesse esaminato la quistione nel suo complesso, in vece di rimuoverne il punto più grave, non avrebbe trovato tanto semplice un problema per cui sono divisi tutti i nostri scrittori antichi e moderni. Chechè ne sia, noi la dobbiamo qui esaminare sotto due aspetti:

Quando il testatore ha dispensato l'esecutore del solo inventario, cotal dispensa è per fermo validissima, purchè non le si voglia dare maggiore effetto di quello che abbia. L'esecutore è allora dispensato di fare stendere l'inventario, dunque non sarà tenuto di farlo, ma non c'è più che tanto. Non sarà tenuto di farlo egli, ma gli eredi potranno ben farlo se vogliono. Il testatore può *dispensare l'esecutore* di fare stendere l'inventario, ma non già vietare che un inventario sia fatto. Senza fallo il testatore anzichè dare all'esecutore il possesso legale dei suoi mobili, lasciandolo sottoposto all'obbligo del rendiconto, potrebbe (se tutti i mobili sieno disponibili) conferirgliene la piena proprietà; ma non facendolo perchè lascia la proprietà ai suoi eredi, egli non può certamente impedire che costoro, i proprietari dei mobili, quelli ai quali l'esecutore deve

SOMMARIO

I. Del caso in cui i varî esecutori nominati hanno tutti accettato.

II. Quid, *se uno o più hanno rifiutato? Di so con Delvincourt e Duranton.*

I.—163. La legge qui suppone che il testatore abbia nominato parecchi esecutori testamentari, i quali tutti hanno accettato l'ufficio; non parla del caso in cui uno o più si ricusassero.

Allorquando i varî esecutori nominati hanno tutti accettato, i loro dritti ed obbligazioni van determinati secondo una semplice distinzione.—Se il testamento attribuisce ad ognuno ufficî speciali, ciascuno esecutore ha solo poteri per l'obbietto che gli è assegnato; e ristrignendosi entro quei limiti, d'altro non è responsabile.—Se al contrario i varî esecutori sono stati nominati senza divisione di ufficî, la legge a fin di prevenire le difficoltà e gli impedimenti che certamente ne nascerebbero se tutti gli atti dovessero farsi da tutti i mandatarî riuniti, consente che ciascuno secondo la presunta intenzione del testatore, possa agire in difetto di altri; per modo che ciascuno esecutore separatamente ha tutti i poteri, per lo appunto come se solo fosse stato scelto ». Allora per una ben naturale conseguenza. ciascuno esecutore risponde della amministrazione per lo intero e in solido coi suoi coesecutori, per eccezione all'articolo 1995 (1867) il quale ammette la solidarietà quando sia formalmente espressa dal mandato. — La solidarietà vi sarebbe pure secondo il nostro articolo. anche per gli esecutori nominati con incarichi speciali, se eglino, anzichè tenersi nei limiti indicati dal testamento, si fossero rispettivamente arrogati i poteri altrui; solamente non v'è più solido quando il testatore ne abbia diviso gli ufficî, *ed ognuno siasi circoscritto nel suo*. Se poi parecchi si fossero tenuti nei limiti seguenti, ed altri no, questi soltanto sarebbero obbligati in solido.

La solidarietà, del resto, è stabilita per il conto del mobiliare confidato agli esecutori; non potendo essere (tranne che non vi fosse una espressa clausola nel te- stamento) pei danni, interessi a cui potreb- bero essere tenuti per altri obbietti, contro gli esecutori a cui non fosse d il possesso legale.

II.—164. Il Codice, siccome noi abbiam fatto osservare, nulla dice del caso cui essendo nominati parecchi esecutori gli uni accettassero e gli altri no. Che de- cidere in tal caso? Delvincourt, e dopo lui Duranton (IX-423) insegnano che il rifiuto di uno impedisce che gli altri agis- sero. Infatti si può dire che supponendosi dalla legge nel testatore la intenzione ta- cita di volere ad ognuno dei suoi man- datarî conferire facoltà generali ed asso- lute, deesi del pari supporre, sotto l'a- spetto legale, che egli abbia il pensiero di averli *tutti insieme*, affinchè questi o quello (*sulla saggezza* di cui ci fa asse- gnamento) possa dirigere e sorvegliare il tale o tale altro (scelti specialmente per la loro *attività*). Questa dottrina che è certo molto ragionevole, ci sembra una conseguenza esagerata del nostro articolo. Che si deve inferire quando non si è nelle condizioni prevedute dall'articolo? *Di non* seguirsi più la regola dell'articolo, e non più che tanto. Così, non avendo tutti accettato i varî esecutori, ne inferite non essere ad una data facoltà di *agir da solo* ma non si vede più in là. *La volontà*, legalmente qui supposta, che *ciascuno possa agir solo se accettino tutti*, mena a *contrario* la idea che ciascuno non possa *agir solo* se tutti non accettino, se alcuno rifiuti; ma non mena *quest'* altra idea che il rifiuto di uno toglie anche che gli altri possano *agire insieme*. Non è questo più un *secondo* caso correlativo all'altro previsto esplicitamente dalla *legge*, e che fu pure implicitamente previsto; ma una terza idea, non prevista nè esplicitamente nè implicitamente, nè direttamente nè a *contrario*, la quale perchè non prevista,

eve valutarsi secondo il dritto comune i principî generali.

Noi dunque opiniamo che gli esecutori quali accettano, hanno il dritto di agire d un medesimo tempo, tranne che non orga dai termini del testamento, che il testatore non avesse voluto conferire alcuna acoltà ai suoi esecutori che a condizione li dovere accettar tutti. L'art. 1858 (1730) nel titolo della *società*, da cui trae argomento Duranton onde sostenere il suo assunto gli sarebbe anzi oppostissimo, dacchè esso non toglie a ciascun socio il dritto di agir solo in mancanza dei consoci, se non quando è *stato stipulato* che uno degli amministratori nulla potesse fare senza l'altro.

1034 (989).—Le spese fatte dall' esecutore testamentario per l'apposizione dei sigilli, inventario, resa de' conti, come pure tutte le altre relative alle sue funzioni, saranno a carico dell'eredità.

165. Gli è ben naturale che lo esecutore testamentario non sostenga alcuna delle spese che sia obbligato di fare, e che tutte queste spese gli sieno fatte buone. Ma non sempre le spese vanno a carico *della successione*, come dice il nostro articolo, dacchè, essendovi eredi riservatari, sono a carico della *porzione disponibile* della successione. In vero, l'esecutore testamentario è nominato, e le spese tutte ingenerate dal suo ufficio, sono fatte nello interesse de'legatari; le quali spese, essendo un accessorio dei legati, ed un mezzo di procurarne il pagamento, debbono prendersi, come quelli, sul disponibile, affinchè la riserva dell' erede rimanga intatta.—S' intende bene che sarebbe diversamente di quelle spese le quali, benchè fatte dall' esecutore, nol fossero state in pro dei legatari. Così, per esempio, se l'esecutore avesse pagato le spese funerali, o se essendo incaricato del pagamento di alcuni debiti, avesse dovuto piatire contro i creditori ereditari, è chiaro che tali spese sarebbero a carico di tutto il patrimonio e non del disponibile solamente.

SEZIONE VIII.

DELLA RIVOCAZIONE DEI TESTAMENTI E DELLE LORO CADUCITÀ.

166. I legati possono essere rivocati: 1° dal medesimo testatore, il quale s'intende bene che non è tenuto a render conto del cangiamento della sua volontà: 2° con sentenza del giudice dopo la morte del testatore per qualcuna delle cause d'indegnità del legatario prevedute dalla legge. La revoca specialmente detta cioè quella che si effettua per la volontà del testatore, forma il subbietto degli art. 1035, 1038 (990, 993); quella che s' incorre per fatto del legatario, sarà trattata nei due ultimi articoli della sezione (1046, 1047 (1001, 1002).

Gli articoli intermedî 1039, 1045 (994 1000) si occupano della caducità dei legati, cioè delle cause che li rendono inefficaci, indipendentemente dalla volontà o incapacità del testatore e dall' indegnità del legatario. Su tal subbietto il Codice tratta dell' accrescimento de' legati, vale a dire dei casi in cui la premorienza, l'incapacità, o il rifiuto del legatario non ingenerano la caducità della disposizione.

Così, quantunque la nostra sezione parli successivamente: 1° della rivocazione (art. 1035, 1038 (990, 993)); 2° della caducità (1039, 1043) (994, 998); 3° dell'accrescimento (1044, 1045 (999, 1000)); e 4° della indegnità (art. 1046, 1047 (1001, 1002)); nulla di meno essa ha due principali oggetti nei quali fondonsi gli altri due, cioè: la revoca e la caducità.

SOMMARIO

I. Del caso in cui i varî esecutori nominati hanno tutti accettato.

II. Quid, *se uno o più hanno rifiutato? Di*[illegible] *so con Delvincourt e Duranton.*

I.—163. La legge qui suppone che il testatore abbia nominato parecchi esecutori testamentarî, i quali tutti hanno accettato l'ufficio; non parla del caso in cui uno o più si ricusassero.

Allorquando i varî esecutori nominati hanno tutti accettato, i loro dritti ed obbligazioni van determinati secondo una semplice distinzione.—Se il testamento attribuisce ad ognuno ufficî speciali, ciascuno esecutore ha solo poteri per l'obbietto che gli è assegnato; e ristrignendosi entro quei limiti, d'altro non è responsabile.—Se al contrario i varî esecutori sono stati nominati senza divisione di ufficî, la legge a fin di prevenire le difficoltà e gli impedimenti che certamente ne nascerebbero se tutti gli atti dovessero farsi da tutti i mandatarî riuniti, consente che ciascuno secondo la presunta intenzione del testatore, possa agire in difetto di altri; per modo che ciascuno esecutore separatamente ha tutti i poteri, per lo appunto come se solo fosse stato scelto ». Allora per una ben naturale conseguenza, ciascuno esecutore risponde della amministrazione per lo intero e in solido coi suoi coesecutori, per eccezione all'articolo 1995 (1867) il quale ammette la solidarietà quando sia formalmente espressa dal mandato. — La solidarietà vi sarebbe pure secondo il nostro articolo, anche per gli esecutori nominati con incarichi speciali, se eglino, anzichè tenersi nei limiti indicati dal testamento, si fossero rispettivamente arrogati i poteri altrui; solamente non v'è più solido quando il testatore ne abbia diviso gli ufficî, *ed ognuno siasi circoscritto nel suo*. Se poi parecchi si fossero tenuti nei limiti seguenti, ed altri no, questi soltanto sarebbero obbligati in solido.

La solidarietà, del resto, è stabilita per il conto del mobiliare confidato agli esecutori; non potendo essere (tranne che non vi fosse una espressa clausola nel [te]stamento) pei danni, interessi a cui potr[eb]bero essere tenuti per altri obbietti, contro gli esecutori a cui non fosse da[to] il possesso legale.

II.—164. Il Codice, siccome noi abbiam[o] fatto osservare, nulla dice del caso [in] cui essendo nominati parecchi esecutori, gli uni accettassero e gli altri no. Che decidere in tal caso? Delvincourt, e dopo lui Duranton (IX-423) insegnano che il rifiuto di uno impedisce che gli altri gis[cano]. Infatti si può dire che supponendosi dalla legge nel testatore la intenzione tacita di volere ad ognuno dei suoi mandatarî conferire facoltà generali ed assolute, deesi del pari supporre, sotto l'aspetto legale, che egli abbia *il pensiero di averli tutti insieme*, affinchè questi o quello (*sulla saggezza* di cui *ci fa* assegnamento) possa dirigere e sorvegliare il tale o tale altro (scelti special*mente per* la loro *attività*). Questa dottrina che è certo molto ragionevole, ci *sembra una* conseguenza esagerata del nostro articolo. Che si deve inferire quando non *si è nelle* condizioni prevedute dall'articolo? *Di non* seguirsi più la regola dell'artico*lo, e non* più che tanto. Così, non avendo tutti accettato i varî esecutori, ne inferite non essere ad una data facoltà di *agir da solo* ma non si vede più in là. *La volontà*, legalmente qui supposta, che *ciascuno* possa *agir solo se accettino tutti*, mena a con*trario* la idea che ciascuno non possa a*gir solo* se tutti non accettino, se alcuno rifiuti; ma non mena quest' altra idea che il rifiuto di uno toglie anche che gli altri possano *agire insieme*. Non è questo più un *secondo* caso correlativo all'altro previsto esplicitamente dalla legge, e che fu pure implicitamente previsto; ma una terza idea, non prevista nè esplicitamente nè implicitamente, nè direttamente nè a *contrario*, la quale perchè non prevista,

ve valutarsi secondo il dritto comune i principj generali.

Noi dunque opiniamo che gli esecutori quali accettano, hanno il dritto di agire d un medesimo tempo, tranne che non orga dai termini del testamento,che il tetatore non avesse voluto conferire alcuna acoltà ai suoi esecutori che a condizione li dovere accettar tutti. L'art. 1858 (1730) nel titolo della *società*, da cui trae argomento Duranton onde sostenere il suo assunto gli sarebbe anzi oppostissimo, dacchè esso non toglie a ciascun socio il dritto di agir solo in mancanza dei consoci, se non quando è *stato stipulato* che uno degli amministratori nulla potesse fare senza l'altro.

1034 (989).—Le spese fatte dall' esecutore testamentario per l'apposizione dei sigilli, inventario, resa de' conti, come pure tutte le altre relative alle sue funzioni, saranno a carico dell'eredità.

165. Gli è ben naturale che lo esecutore testamentario non sostenga alcuna delle spese che sia obbligato di fare, e che tutte queste spese gli sieno fatte buone. Ma non sempre le spese vanno a carico *della successione*, come dice il nostro articolo, dacchè, essendovi eredi riservatari, sono a carico della *porzione disponibile* della successione. In vero, l'esecutore testamentario è nominato, e le spese tutte ingenerate dal suo ufficio, sono fatte nello interesse de'legatari; le quali spese, essendo un accessorio dei legati, ed un mezzo di procurarne il pagamento, debbono prendersi, come quelli, sul disponibile, affinchè la riserva dell' erede rimanga intatta.—S' intende bene che sarebbe diversamente di quelle spese le quali, benchè fatte dall' esecutore, nol fossero state in pro dei legatari. Così, per esempio, se l'esecutore avesse pagato le spese funerali, o se essendo incaricato del pagamento di alcuni debiti, avesse dovuto piatire contro i creditori ereditari, è chiaro che tali spese sarebbero a carico di tutto il patrimonio e non del disponibile solamente.

SEZIONE VIII.

DELLA RIVOCAZIONE DEI TESTAMENTI E DELLE LORO CADUCITÀ.

166. I legati possono essere rivocati: 1° dal medesimo testatore, il quale s'intende bene che non è tenuto a render conto del cangiamento della sua volontà: 2° con sentenza del giudice dopo la morte del testatore per qualcuna delle cause d'indegnità del legatario prevedute dalla legge. La revoca specialmente detta cioè quella che si effettua per la volontà del testatore, forma il subbietto degli art. 1035, 1038 (990, 993); quella che s'incorre per fatto del legatario, sarà trattata nei due ultimi articoli della sezione (1046, 1047 (1001, 1002).

Gli articoli intermedî 1039, 1045 (994 1000) si occupano della caducità dei legati, cioè delle cause che li rendono inefficaci, indipendentemente dalla volontà o incapacità del testatore e dall' indegnità del legatario. Su tal subbietto il Codice tratta dell' accrescimento de' legati, vale a dire dei casi in cui la premorienza, l'incapacità, o il rifiuto del legatario non ingenerano la caducità della disposizione.

Così, quantunque la nostra sezione parli successivamente: 1° della rivocazione (art. 1035, 1038 (990, 993)); 2° della caducità (1039, 1043) (994, 998); 3° dell'accrescimento (1044, 1045 (999, 1000)); e 4° della indegnità (art. 1046, 1047 (1001, 1002)); nulla di meno essa ha due principali oggetti nei quali fondonsi gli altri due, cioè: la revoca e la caducità.

§ 1. — *Della rivocazione per la sola volontà del testatore.*

1035 (990).—I testamenti non potranno essere rivocati, in tutto od in parte, che con un testamento posteriore, o con un atto avanti notaro, nel quale sia dichiarata la mutazione della volontà. *

SOMMARIO

I. La revoca può essere espressa o tacita. La revoca espressa non può farsi che in un nuovo o in un atto notarile.
II. La revoca scritta in un testamento non ha effetto se il testamento è nullo. Quella fatta per mezzo di un olografo, che non racchiuda alcuna liberalità, sarebbe parimente nulla avvegnacchè tale atto non costituirebbe un testamento. Dissentimento colla generalità degli autori.
III. La rivocazione per atto notarile è valida, quantunque tale atto fosse nullo come donazione e come testamento, purchè sia valido come atto notarile ordinario: dissentimento con molti autori.

I.—**167.** Un testatore è sempre libero fino agli ultimi suoi istanti di modificare a suo grado, o di annullare interamente le disposizioni testamentarie che abbia fatto, essendo il testamento fino alla morte un progetto che il testatore può mutare a piacimento. Ogni clausola inserita sia in un testamento, sia in qualunque altro atto, onde una persona si fosse interdetta la facoltà di rivocare una o più disposizioni testamentarie, sarebbe radicalmente nulla, come contraria alla libertà personale ed all'ordine pubblico.

La revoca dei testamenti per volontà del loro autore può essere espressa o tacita. Il Codice discorre della tacita negli articoli 1036 e 1038 (991 e 993) ed il nostro articolo, quantunque nol dica, non intende parlare che di quella espressa; altrimenti la sua disposizione restrittiva « *i testamenti non potranno essere rivocati che. . . .* » sarebbe interamente falsa; quindi l'articolo avrebbe dovuto dire: « non potranno essere rivocati *espressamente* ».

La rivocazione espressa o tacita può versare o sopra un intero testamento, *o* solamente sopra una o più disposizioni *in* quello contenuto.

La rivocazione espressa non può farsi giammai verbalmente, ma bisogna farsi per iscritto, e non è valida se non quando sia scritta o 1° in un testamento posteriore; o 2° in un atto notarile.

II.—**168.** Dapprima la revoca espressa può farsi validamente in un testamento posteriore, quale che sia la forma che in esso si adoperi, e quella del testamento che si revochi in tutto o in parte. Così un testamento mistico o autentico può benissimo essere revocato mercè un testamento olografo; un testamento ordinario mercè uno privilegiato, e *viceversa*. S'intende bene esser mestieri che il testamento revocatorio sia valido, dacchè se fosse nullo, se non avesse legale *esistenza*, non più si direbbe che la revoca siasi fatta in un testamento, non essendovi in dritto testamento di sorta. Vedremo nel numero seguente quello che converrebbe decidere, se si trattasse di un testamento pubblico, nullo come tale, ma che offrisse

*—È valido un secondo testamento che abbia indicato l'erede riportandosi ad un primo riconosciuto nullo. In tal caso non è che si dà esecuzione al primo testamento, ma si ricorre solo al medesimo per la indicazione. C. S. di Napoli 22 gennaro 1824.

—Un secondo testamento nullo come testamento, ma valido come atto autentico, non vale a rivocare il precedente. Lo potrebbe però se il secondo testamento contenesse la spiega, che se non valesse come testamento, valesse come dichiarazione rivocatoria del precedente testamento. C. S. di Napoli 16 agosto 1828.

tutte le condizioni di un atto notarile ordinario.

169. Ma la revoca sarebbe forse valida per ciò solo che l'atto che la rinchiude sia scritta interamente, datata e sottoscritta dalla persona, quantunque esso non presenti alcuna disposizione di beni? Quasi tutti gli scrittori, e conforme ad essi un antico arresto della Corte di cassazione, rispondono del sì (1). Ma la loro soluzione creduta assai dubbia dal Bugnet (sopra Pothier, VIII. p. 308) e rigettata dal Delvincourt (t. 11.) è veramente un errore.

Autori antichissimi (2) muovendo dalla falsa idea che la rivocazione di un testamento sia per se stessa, e fuori di qualunque nuova disposizione di beni, un nuovo testamento (equivalendo ad una attribuzione di questi beni fatta agli eredi del sangue) insegnano conseguentemente che la revoca possa e debba farsi con le forme del testamento. All'opposito, altri più recenti intendendo meglio che la revoca pura e semplice di un testamento, non sia punto un testamento, inferivano dalla mancanza di ogni regola speciale nella nostra antica legislazione su di ciò, che la revoca potesse farsi in qualunque forma. Specialmente ci dice Pothier « che quantunque l'atto contenente la revoca non fosse fornito delle formalità del testamento, la revoca sarebbe sempre valida » aggiungendo che l'atto revocatorio « non è necessario che sia scritto dal testatore; » bastando che sia firmato (Donaz. e test., cap. 6, sez. 2, § 1.) Per tal modo gli autori del Codice doveano scegliere fra tre sentenze: 1° considerare l'atto rivocatorio come un testamento, e come tale richiederne le forme secondo Domat; 2° non esigere alcuna forma come Pothier; 3° slontanarsi dall'una e l'altra idea, e considerando l'atto di revoca non come testamento, sottoporlo a forme peculiari diverse da quelle del testamento. Or il Codice ha adottato quest'ultimo partito.

E dapprima, è evidente ed incontroverso che esso rigetta la dottrina di Pothier, dacchè, non che appagarsi di un atto qualunque per la dichiarazione del mutamento di volontà, vuole che tale dichiarazione sia espressa o in un secondo testamento, o in un atto notarile. Se non che è del pari in dubbio che rigetti anche, ed in vero così dovea fare, la opposta dottrina di Domat che molti scrittori vogliono oggi evocare.

E dovevasi dal Codice senza fallo rigettare, avvegnacchè niente v' ha di più falso quanto il dire che dove io dichiari rivocare il testamento che aveva fatto, per ciò stesso dispongo e testo in pro dei miei eredi. Non è dubbio, fo tal cosa che profitta a' miei eredi, ma questa cosa non è un testamento, ma semplicemente la soppressione di quello che li pregiudicava; non è dubbio, che secondo la mia volontà, i miei eredi debbono allora prendere i miei beni, se non che essi li avranno non in virtù di un testamento e come legatari, ma come successori *ab intestato*, val quanto dire precisamente a cagione *della mancanza del testamento*..... Quando io dico in un atto: « dichiaro rivocare il testamento olografo che avea depositato presso un tale » è nè più nè meno che se io *lacerassi* quel testamento. Or, si dirà forse che lacerando un testamento io ne fo per ciò un secondo?

La verità delle cose imponeva dunque al nostro legislatore di escludere la falsa idea di Bartolo e di Domat. Egli in fatti l' ha esclusa, e se ne ha doppia prova prima nel testo, poi ne' lavori preparatori.

Nel testo; perciocchè se il pensiero del legislatore fosse che la semplice dichiarazione di sopprimere un testamento sia per se stessa un testamento, sottoposto perciò alle forme testamentarie, ei non avrebbe

(1) Merlin (*Rep.*, v. *Revoc. di codic.*); Grenier, (n. 342); Toullier (V-633) Duranton (IX-431); Dalloz (cap. 9, sez. 1;) Vazeille (n. 17.); Poujol (n. 5.); Coin-Delisle (n. 7.); Zachariae (V-p. 495); Parigi, confermato in cassazione.

(2) Bartolo (sulla l. 18. *de legat.* 3, n. 5); Barry (*de succ.*, lib. 10, t. 1, n. 35), Domat (2 part. l. 3. t. 1. sez. 5, n. 12).

potuto dire da un lato che bisognava *sia un testamento*, sia *un atto notarile contenente la dichiarazione*, poichè ogni atto contenente tale dichiarazione essendo nel suo sistema un testamento, sarebbe stato lo stesso che dire esser necessario un TESTAMENTO OVVERO UN TESTAMENTO. D'altra parte, se fosse intenzione del legislatore di ravvisare in quella dichiarazione un testamento, ed esigere le forme testamentarie, non si sarebbe certamente contentato di un atto notarile ordinario, poichè nel testamento pubblico il Codice vuole altre forme più rigorose di quelle della legge sul notariato: e dacchè la legge si appaga qui di un semplice atto notarile, importa dunque non attenersi alle forme testamentarie, non ravvisare in tale dichiarazione un testamento, non ammettere infine il sistema di Domat... Del rimanente, toglie ogni dubbio sulla quistione il riflettere, che la idea di sottoporre la dichiarazione di revoca alle forme testamentarie era nel progetto del Codice, e che fu respinta sin dalla prima discussione al consiglio di Stato. In vero, il nostro art. 1035 (990) voleva nel suo primo dettato che la dichiarazione si facesse *in una delle forme richieste pei testamenti*; ma dopo la discussione questo progetto fu abbandonato, e fatta una prima trasformazione in cui prescriveasi che la dichiarazione si facesse sempre *per atto autentico*, fu ammesso finalmente come temperamento a dimanda del Tribunato, che potesse farsi o mercè di testamento posteriore, o per atto notarile (Fenet, XII, p. 339, 455 e 463). Adunque, allorchè non vi sarà una dichiarazione per atto notarile, il Codice vuole *un testamento*, e non solamente un atto fatto *nelle forme del testamento*.

III. — 170. Il testamento, oltrecchè può sempre revocarsi con un altro posteriore, può esserlo pure mercè un atto notarile, non essendo necessario che tale atto costituisca un nuovo testamento. Appena la dichiarazione di cangiamento di volontà sarà stata ricevuta secondo le regole stanziate dalla legge del notariato, la revoca sarà attuata.

Così, sebbene la dichiarazione sia inserita in una donazione tra vivi, nulla *per* difetto di accettazione espressa, produrrà sempre il suo effetto (Cassaz. 25 aprile 1825; Lione 7 febb. 1827); perocchè se l'atto è nullo come donazione e per contravvenzione alle regole della sez. 1. del cap. 4. del nostro titolo, non offre alcun vizio come atto notarile nè contravviene ad alcuna delle regole della legge di ventoso anno XI...

Non è altrimenti, secondo noi, *della* dichiarazione contenuta in un testamento nullo nella forma, ma per contravvenzione a regole che non sono quelle della *legge* di ventoso; per mo' di esempio, perchè fosse stato ricevuto da un notaro assistito da tre testimoni, anzi chè da quattro. Numerose autorità decidono il contrario (1); ma noi non sapremmo seguirle. Difatti allora nell' atto indicato vi hanno due cose distinte: 1° un testamento pubblico; 2° una solenne dichiarazione di revoca del precedente testamento. Il testamento, non è dubbio, è nullo dacchè vi sono state tre testimoni mentre la legge ne richiede quattro a pena di nullità (art. 971, 1001 (896, 927)); ma come mai la clausola revocatoria sarebbe pure nulla per la medesima causa, quando essa è unicamente sottoposta alla legge di ventoso, e come tale le sono sufficienti due testimoni?

Si dice, la clausola allora *fa parte integrale* di un testamento, e *quindi* cadendo il testamento essa pure vien meno. Ma perchè dunque considerarla come parte integrale e necessaria del testamento pubblico, quando la si può concepire distinta, e quando la legge vi attribuisce una forma differente. Perchè collegarla alla forma testamentaria, e dichiararla nulla, allorchè si può congiungere alla forma

(1) Merlin (*Rep. parol. Testam.* sez. 2), Grenier (n.342), Favard v. *Testam.* sez.3); Coin-Delisle (n. 8); Rig. 20 febb. 182; Tolosa 12 ag. 1831; Aix, 5 ap. 1834; Rig. 2 marzo 1836 (Devil., 32, 2, 586; 36, 1, 174).

notarile semplice, e trovarla valida? Se la scrittura che contiene la dichiarazione è medesimamente testamento ed atto notarile, se la dichiarazione è fornita ad un tempo di ambedue le forme permesse, non può certamente esservi nullità per difetto nella forma richiesta se non quando coteste forme fossero entrambe viziose... Un testamento pubblico, perchè è testamento, non è meno un atto notarile.— Ci si risponde finalmente, che il nostro sistema fa temere di contraddirsi le volontà del testatore; che facendo questi a un tempo una revoca del primo ed un secondo testamento, avea forse il pensiero di non rivocare se non perchè fosse eseguito il secondo testamento... Questa obbiezione non è più felice della precedente; perchè suppone nella revoca, senza fondamento e per un *forse*, una condizione che non vi si può ravvisare. L'art. 1037 (992) respinge questo sistema invincibilmente, non per argomento diretto, ma per una molta efficace analogia.

Ed in vero, se si dicesse che la revoca scritta in un testamento posteriore non debba aver vigore che nel solo caso in cui il secondo testamento riceverà la sua esecuzione, bisognerebbe si dichiarasse non avvenuta allorchè il secondo legatario sarà incapace o avrà rinunziato. Per esempio, dopo aver legato nel 1836 una casa a Pietro, dichiaro nel 1852 con un novello testamento di toglierglicla per darla a Paolo, e dopo la mia morte Paolo rinunzia il legato. Nel vostro sistema dovete dire che non avendo effetto il secondo testamento, il primo non sia stato rivocato, che il testatore non ha tolto la sua casa a Pietro assolutamente, ma solo per darla a Paolo; che s' egli ha preferito Paolo a Pietro, preferiva altresì Pietro a' suoi eredi del sangue; che la revoca del legato di Pietro era fatta sotto la seguente implicita condizione « se il nuovo legato che ho fatto a Paolo avrà esecuzione; » or questa dottrina è smentita dall'art. 1037 (992), il quale dichiara che la revoca fatta in un testamento posteriore avrà il suo effetto, quantunque tale novello atto resti senza esecuzione per la incapacità o la rinunzia del legatario. Ed in fatti, perchè una revoca sia riconosciuta condizionale, fa mestieri che il dichiarante abbia espresso la condizione, cui intendea sottoporla (1).*

(1) *Conf.* Maleville, Delaporte (n. 391). Toullier (V-626) Delvincourt, Duranton (IX-438) Vazeille (n. 1), Bruxelles 22 lug. 180).

* Troplong, *Don. e Test.*, n. 2050.

« Ma qui si presenta una quistione assai controversa. Il testamento posteriore nullo che contiene la rivocazione ha per effetto di annullare il primo; ovvero, essendo nullo in tutte le disposizioni che tendono a gratificare, si dee dire che lo è del pari nella clausola di rivocazione?

« Questa quistione può far difficoltà soltanto pel testamento notarile nullo per vizio di forma: quanto al testamento olografo, se si trova nullo, non può produrre verun effetto rivocatorio, stantecchè solo ad un atto notarile o ad un testamento attribuisce la legge il potere di rivocazione. Se il testamento è mistico, ed è nullo l' atto di soprascrizione, rimane tuttavia un testamento olografo valido, siccome abbiam provato di sopra. Onde la difficoltà si riferisce tutta quanta al testamento per man di notaio, dappoichè, se è nullo come testamento, almeno non può valere come atto notarile per operare la rivocazione.

« Gli autori si son divisi sulla quistione: Merlin ha sostenuto che un testamento nullo non possa rivocarne uno precedente; Toullier si è pronunziato per l' opinione contraria ».

E poi dopo aver largamente confutato la opinione di Toullier così prosegue:

« Che n' è ora de' ragionamenti di Toullier? Son confutati dai principî più puri del dritto, dalla ragione medesima, la qual vuole che ciò che è nullo non possa rovesciare ciò che esiste. Egli cita a sostegno della sua dottrina Vinnio e Pothier. Ma noi gli opporremo Perezio, Voet, Mantica, Furgole, Merlin ed altri. Gli diremo: il testatore avea due mezzi per rivocare espressamente il suo testamento: potea consegnar la sua volontà in un secondo testamento, ovvero in un atto rivocatorio *ad hoc* fatto per man di notaio: ha eletta la forma minuziosa e pericolosa del testamento. Bisogna dunque giudicar della sua volontà dalla forma che ha preferita, e non convertendo l' atto di sua scelta in un atto ond' egli ha ricusato di servirsi e che non è compatibile con l'indole dei testamenti.

« Egli ha voluto disporre a causa di morte con le solennità annesse a cotal genere di disposizione: come si potrebbe veder mutar la sua volontà in atto fra vivi? Se nella convenzione un atto notarile, che si trova sottoscritto dalle parti, vale tuttavia come atto privato, gli è che ambo le forme convengono del pari a ciò che fa l' obbietto del contratto, che si può indifferentemente contrattare per atto pubblico e per atto privato. Ma sarebbe di fermo contrario a tutti i principî di convertire una disposiziona a causa di morte, la quale non

1036 (991). — I testamenti posteriori che non rivocheranno espressamente i precedenti, annulleranno, in questi soltanto, quelle disposizioni ivi contenute, che si trovassero incompatibili colle nuove, o che vi fossero contrarie.*

SOMMARIO

I. Prima causa di tacita rivocazione. Essa ha luogo per le disposizioni che nel pensiero del disponente sono incompatibili con un testamento posteriore.

II. È una semplice quistione d' intenzione. Epilogo della regola. Errore di Toullier riconosciuto da Duvergier.

I. — **171.** Siamo alla prima delle cause della revoca tacita; la seconda ci sarà indicata dall' art. 1038 (993). L' artic. 1037 (992) non fa che completare la disposizione del nostro articolo e del precedente, ed è comune a tutte le revoche fatte per testamento, sieno tacite o espresse.

La revoca tacita è quella che si manifesta non più *verbis* mercè la dichiarazione formale del testatore, ma *re* cioè per un fatto il quale provi il cangiamento di volontà nel testatore. Del rimanente, così la seconda revoca come la prima è ristretta e limitata dalla legge, e nello stesso modo che la revoca espressa non emerge da una dichiarazione qualunque, ma solamente da una dichiarazione scritta in un testamento o in un atto notarile, nella guisa istessa la tacita non può risultare che dai fatti preveduti dal Codice. — Essa, secondo il nostro articolo, deriva dall' *incompatibilità* o dalla *contrarietà* ch' esiste tra le disposizioni anteriori e le ultime. Dire precisamente qual differenza abbiano posto i compilatori tra l'incompatibilità e la contrarietà delle disposizioni, sarebbe assai difficil cosa e per altro inutile, perocchè le disposizioni contrarie sono necessariamente incompatibili. In ogni modo adunque quando vi sarà incompatibilità fra due disposizioni, la prima sarà rivocata.

II. — **172.** Il sapere poscia quando vi sarà incompatibilità, quando le due disposizioni dovranno riguardarsi siccome inconciliabili fra esse, è desso un *punto di fatto* su cui è impossibile dare in tesi regole assolute, dovendosi sempre decidere dai tribunali secondo le circostanze(1).

Però osserviamo che non trattasi qui di una incompatibilità considerata *in sè* stessa, di disposizioni inconciliabili assolutamente e per sè medesime; ma di disposizioni incompatibili nell'intenzione del testatore, e che sono inconciliabili secondo la volontà che aveva nello scriverle: non è d' uopo che la incompatibilità sia nella natura delle cose, bastando vi sia nella mente del dispositore (2).

Così, quando Tizio dopo avere in un primo testamento istituito Pietro legatario universale, conferisce lo stesso titolo mercè un testamento posteriore a Paolo, è chiaro che può in cotale disposizione esservi secondo i casi, o la sostituzione di un secondo legatario al primo, o la revoca del legato anteriore, ovvero la istituzione di due legatari universali chiamati a concorrere. Delle volte le stesse parole del secondo legato basteranno a rivelare sull'obbietto il pensiero del testatore; per esempio, se Tizio abbia detto che sceglie Paolo per *suo solo erede*, è evidente che il legato di Pietro è rivocato. Talvolta l' in-

sussiste che per un concorso di peculiari solennità, in atto notarile propriamente detto, perchè questo non può in niun caso essere acconcio a rivestire una disposizione a causa di morte.

» Del resto la nostra opinione e sanzionata dalla maggioranza degli arresti ».

*—Di due legati di quantità scritti in due atti diversi non si può dire il primo trasfuso nel secondo. C. S. di Napoli 23 febbraro 1850.

(1) Ved. Rig. 23 giug. 1828; 22 giug. 1831; 29 mag. 1832; 8 lug. 1833; 30 mar. 1841; 10 marzo 1831 (Dev. 31, 1, 253; 32, 436; 35, 741; 41, 406; 51, 361).

(2) Ved. il succitato arresto de' 10 marzo 1851. e le nostre osservazioni intorno ad esso nella *Rivista critica* (t. 1, p. 449 e seg., n. 2).

tenzione potrà manifestarsi in qualche altra parte dell'atto. Se Tizio dopo avere detto che istituisce Paolo legatario universale, aggiungesse altre diverse liberalità, e terminasse con dire: « tutte coteste disposizioni saranno soddisfatte dal *mio* legatario universale, il quale terrà *il rimanente* de' miei beni » trarrebbesi da ciò che non debbano esservi due legatarî universali ma un solo, alcune volte dal contesto dei due testamenti raffrontati l'un l'altro si farà nota la volontà del defunto. Delle volte infine non si potrà decidere che mercè circostanze di fatto estranee agli atti testamentarî.

Parimente, benchè dicasi generalmente che il legato fatto ad una seconda persona di un corpo certo già legato ad un' altra con un testamento anteriore, revochi quello precedente, potrà non pertanto avvenire che il secondo legato importi il conferimento di un condominio della cosa, e che entrambi debbono essere conservati. Se dopo aver legato tal podere a Luigi, Tizio l'abbia lasciato con un secondo testamento a Giacomo, alcune parole di quest'ultimo testamento o altre circostanze potranno benissimo provare che egli abbia voluto assegnarlo ad ambidue. Se per l'opposito Tizio col suo primo testamento avesse dato al suo domestico una cosa di poco valore (un orologio, una tabacchiera), e la conferisse con un secondo testamento ad un amico, il tenue valore della cosa, ed altresì la circostanza che il secondo legatario non manchi di beni, faranno chiaramente dimostro avere con ciò il testatore voluto lasciare una memoria all'amico, che abbia dato perciò l'oggetto a lui solo, e non resterebbe alcun dubbio sulla revoca del primo legato. — Reciprocamente, quantunque due legati fatti allo stesso individuo con testamenti successivi debbono più sovente coesistere, ed eseguirsi ambidue, spesso le circostanze potranno dimostrare, anche per legati di denaro, che la intenzione del testatore fu di sostituire il secondo legato al primo, e rivocare quest'ultimo (1).

173. Il nostro articolo si riassume dunque con dire che le disposizioni posteriori revocano le precedenti, allorchè dalle circostanze risulti chiaramente che il testatore abbia avuto la volontà di sopprimere le prime per sostituirvi le altre allorchè ha voluto escludere la coesistenza. Ciò

(1) Un buon curato di villaggio dopo aver fatto un lunghissimo testamento rinfarcito di moltissime disposizioni e raccomandazioni d'ogni natura ne fece assai tempo appresso un secondo, il quale era *parola per parola* la riproduzione del primo, con una sola differenza che tutti i legati di denaro erano aumentati; il preambolo del novello atto era lo stesso, avendovi il testatore ripetuto la sua intenzione sul luogo della sua sepoltura, sul numero, i giorni e le ore delle messe da recitarsi per requie dell'anima sua, sulla destinazione dei suoi piviali, cotte, vasi sacri e de' suoi libri (di cui volea si facesse una biblioteca cantonale). Il primo testamento in una parola era *copiato* in tutti i suoi particolari, solamente i poveri della comune, in vece di ricevere 100 fr. in ogni anno durante i quattro anni seguenti alla sua morte, li doveano ricevere per sei anni; le messe che doveansi recitare dapprima per due anni, lo si doveano per anni tre; colui a cui col primo testamento si erano dati 1,000 fr. dovea riceverne 1,500, il legatario di una somma di 800 fr. ne avea 1,200, e così via discorrendo. Era evidente che non erano questi due testamenti eseguibili ambidue, ma due *edizioni* di unico testamento, di cui la seconda era *aumentata* (mercè le economie fatte nell' intervallo dal defunto); era evidente che solo il secondo atto dovea eseguirsi, che tutte le sue parti valutate nel loro complesso, e secondo la manifesta intenzione del testatore erano incompatibili con le disposizioni del primo testamento il quale rimanea colpito da una revoca tacita. Non si dovevano più eseguire due volte i legati di denaro, non doveasi il calice d'oro darsi due volte a tal prete, ed a tal' altri il piviale rosso, o deporre due volte il cadavere nella designata sepoltura. Nulladimeno il tribunale di Charolles decise il contrario sull' azione da uno dei legatarî diretta contro uno degli eredi (aprile 1844) sul fondamento che non esisteva alcuna incompatibilità fra i due legati di denaro. Ma chiamati alla lor volta in giudizio gli altri eredi, avendo presentato in difesa una consulta, in cui da noi furono svolte le sopraddette osservazioni, i magistrati ne riconobbero la esattezza, e profferirono una sentenza opposta alla prima.

Poscia un caso analogo è stato egualmente sottoposto al nostro giudizio (ottob. 1850) in una causa di cui hanno parlato parecchi giornali per cagione della seguente specialità, che il testatore aveva legato alle città di Rouen e di Caen dei capitali per formarne premî da aggiudicarsi in ogni anno al più meritevole il *giorno della festa del re*, allorchè l'autorità reale era stata abolita da presso a tre anni, dalla morte del testatore.

detto, non si concepisce come Toullier abbia potuto scrivere (V-643) che se una persona, la quale abbia legato con un primo testamento un podere a Tizio, gli leghi con un secondo cento scudi, il primo legato per ciò solo sarà rivocato. Anzi è evidente che ambidue i legati sono doruti, menochè qualche circostanza peculiare non dimostri che il denaro sia stato legato *in vece* del podere (*si* PRO FUNDO *decem legentur*). Anche Duvergier nelle sue note riconosce al par di noi che Toullier ha errato.

1037 (992). — La revoca fatta con un testamento posteriore avrà pieno effetto, ancorchè questo nuovo atto resti senza esecuzione per la incapacità dello erede istituito, o del legatario, o per la renunzia dell'eredità, ovvero del legato.*

174. Dal momento che una disposizione è stata validamente rivocata da un testamento posteriore o espressamente o tacitamente, la prima disposizione rimane come non avvenuta, e quindi non potrebbe rivivere che per novella volontà del testatore. Or la inefficacia del secondo testamento (sia per la premorienza del legatario, o per la di lui incapacità, o per la rinunzia ad accettare) non assicurando la novella volontà, non può impedire lo effetto della revoca (1).

In vero, la legge non ha assomigliato, nè poteva farlo, il caso in cui fosse lo stesso testamento nullo per difetto di forma. Prima che la revoca produca effetto, fa d'uopo ch'esista; affinchè esista, è d'uopo che siavi un testamento; or il testamento nullo nella forma è un simulacro senza esistenza legale. É ben altrimenti, siccome abbiamo detto sotto l'art. 1035 (990), allorchè il testamento che contenga una revoca espressa sia un atto pubblico, il quale, benchè nullo come testamento, valga come atto notarile. Ma allora non saremmo più nel caso del nostro articolo, perocchè la revoca non sarebbe fatta non solamente in un testamento, ma in un atto notarile; or il nostro articolo tratta soltanto della revoca per testamento.

Così, affinchè la revoca sussista malgrado la nullità di forma del testamento, è d'uopo evidentemente che il testamento sia per atto pubblico, e la revoca espressa: se da un lato non fosse un testamento pubblico, non potrebbe mica, cadendo come testamento, mantenersi quale atto notarile; d'altra parte la sola revoca espressa può farsi senza testamento.

175. Abbiamo detto che le disposizioni rivocate possono rivivere per volontà novella del testatore. Così non potrà dubitarsi, che se un tale dopo avere rivocato il suo testamento ritratti quindi quella revoca, dichiarando positivamente rivenire al primitivo testamento, questo riprenderà il suo vigore. Ma sarebbe anche così, se il testatore ritrattasse la disposizione rivocatoria senza esprimere che intenda far rinascere il testamento rivocato? Quì gli autori non sono concordi; i più (specialmente Grenier, n.° 346, Delvincourt, Toullier, V-635), decidono che il primo testamento non abbia vigore; altri per converso (Duranton, IX-441, Coin-Delisle, (art. 1035 (990) n°. 12) affermano che riviva per la sola ritrattazione della revoca..... Noi opiniamo che non *si possa* dare una regola assoluta, *dipendendo la* soluzione dalle circostanze.

Se il testatore, per esempio, abbia rivocato il suo testamento non con un altro posteriore, ma mercè una semplice dichiarazione notarile, è evidente che la ritrattazione della revoca significhi ch'egli riviene al suo testamento nè vi ha certamente altra possibile interpretazione. Ma se dopo avere fatto un primo testamento

* — L'alienazione della cosa lasciata a titolo di legato compensativo, non distrugge la cosa legata. C. S. di Napoli 3 dicembre 1844.

(1) *Conf.* Bordeaux 19 mar. 1833; Rig. 13 mag. 1834 (Dev. 33, 2, 414, 34, 1, 421).

in pro di Pietro, l'abbia rivocato tacitamente con un secondo fatto in pro di Paolo, e dichiari poscia rivocare quest'ultimo, questa novella revoca può avere due sensi: può significare: « io ritratto il mio secondo testamento per rivenire al primo; » ma può altresì dinotare: « non vo' più stare nè al primo nè al secondo testamento, e ritorno alla successione *ab intestato* ». Spesse fiate la dizione della revoca farà intendere la mente del testatore, ma quando l'intenzione resterà dubbia è chiaro che sarà una quistione intenzionale da decidersi in fatto secondo le circostanze.

1038 (993). — Qualunque alienazione, quella pure mediante vendita con facoltà di ricompera, o mediante permuta che farà il testatore in tutto od in parte della cosa legata, indurrà la revoca del legato riguardo a ciò che è stato alienato, ancorchè l'alienazione posteriore sia nulla, e che la cosa stessa sia ritornata in possesso del testatore.

SOMMARIO

I. Seconda causa di tacita rivocazione: Alienazione della cosa legata. Basta un' alienazione di fatto. Non basta quella sotto una condizione sospensiva: dissenso con Duranton e Coin-Delisle

II. Gli stessi legati universali o a titolo universale possono essere revocati con tale causa.

III. Terza ed ultima causa di revoca: soppressione dell' atto testamentario.

IV. La revoca non si applica a tutte le clausole che può contenere un testamento, ma unicamente a' legati.

I. — **176.** Il Codice più severo dell'antico dritto dichiara che ogni alienazione della cosa legata revochi *ipso facto* i legati. Qui non trattasi di un'alienazione reale in dritto, ma di una semplice alienazione di fatto, cioè a dire dell'unica circostanza che il testatore abbia voluto e creduto alienare, che abbia consentito un atto di alienazione, quantunque questa rimanga senza esistenza legale. Ciò è evidente; in fatti l'articolo ci spiega che la regola si osserverà benchè la vendita siasi fatta con facoltà di ricompera e la cosa venduta sia rientrata nel patrimonio del venditore (cioè quantunque l'esercizio della ricompera renda in dritto la vendita come non avvenuta e giammai esistente); aggiungendo che produrrà lo stesso effetto ancorchè l' alienazione sia nulla. Così vi sarebbe revoca nel caso di una donazione nulla per difetto delle forme prescritte, o per manco di accettazione. La revoca seguirebbe ugualmente quantunque la alienazione fosse annullata per incapacità, per dolo, o per lesione. E veramente in tutti i casi è stato fatto un atto di alienazione consentito dal testatore.

177. Senonchè sarebbe ben altrimenti se l'alienazione fosse nulla per violenza o per errore sulle cose medesime. Così se costi avere il testatore sottoscritto l'atto della vendita con la pistola al petto; o che dichiarando vendere la sua casa di Challiot (che già avea legato a Pietro), intende parlare della casa di Choisy, in questi casi non v'ha revoca di sorta. Allora non solo non vi è stato alienazione in dritto (il che non è necessario), ma non vi è stata neppure in fatto la volontà di alienare (e questa è indispensabile).

Duranton (IX-459), e Coin-Delisle (numero 4) insegnano che la revoca possa anco risultare da un'alienazione fatta sotto condizione sospensiva; ma siffatta dottrina ci pare erronea, ed in fatti vien rigettata dal più degli scrittori (1). Questo caso non è mica analogo a quello della vendita col patto di ricompra, cui vuolsi rassomigliare..... L'esercizio del riscatto, rendendo la vendita non avvenuta in dritto, non

(1) Toullier (V-633); Dalloz (n. 21); Poujol (numero 7); Vazeille (n. 7).

toglie che non siavi stata in fatto. E lo stesso della vendita sotto condizione risolutiva. perocchè tale vendita esiste, ma può solamente essere risoluta, revocata: se la risoluzione avviene, sarà *considerata* come non fatta, ma effettivamente lo è stata, sarà non avvenuta in dritto, ma sarà pure un fatto realmente compiuto. Per l'opposito, allorchè l'alienazione dipenda da una condizione sospensiva, la quale non si verifichi, l'alienazione non ha giammai avuto effetto nè in diritto, *nè in fatto*. — Per esempio, se dopo avere legato tale cosa a Pietro, dichiaro darla a voi, laddove sposiate tale persona, ed il matrimonio non si faccia, è chiaro che giammai vi è stata alienazione nè in fatto, nè in dritto; allora non sarà più un'alienazione riputata inesistente dalla teoria di dritto, benchè veramente siesi fatta; sarà in vece un atto, che nel fatto stesso sarà stato mai sempre un progetto senza attuazione; io non ho tolto la casa al mio legatario, ho detto solo che gliela tòrrei allorchè si contraesse tal matrimonio; or questo non si è contratto.

II. — 178. I legati universali o a titolo universale, meno di quelli particolari van soggetti alla revoca del nostro articolo. Quando il testatore aliena tale o tal altra cosa speciale, il legatario di tutti i beni che il testatore lascerà, o d'una frazione di essi, troverà l'equivalente della alienata nel prezzo che ne è stato pagato, o nel nuovo oggetto acquistato in cambio. Se l'alienazione sia nulla o rivocabile, troverà la cosa stessa o in natura nel patrimonio, o mercè l'azione che gli competerà per rivendicarla. Nulla di manco questa revoca talvolta nuocerà a' legatari di cui parliamo. Se l'alienazione sia valida ed a titolo gratuito, è chiaro che la cosa sarà perduta per tali legatari. Se si tratti di un legatario a titolo universale di certa specie di beni, per esempio di tutti gl'immobili, l'alienazione valida di uno o più dei detti immobili fatti per valori mobiliari sminuirà di altrettanto il suo legato, se gli stabili sieno stati alienati per danaro, e non fossero dappoi rientrati nel patrimonio del venditore, e neppure se ne fossero acquistati degli altri, il legatario non avrà cosa alcuna.

Finalmente, giusta il nostro articolo un legato anco universale sarà interamente rivocato senza speranza di produrre dipoi alcun effetto, se il testatore facesse una istituzione contrattuale di tutti i beni (articolo 1082 (1038)).

III. — 179. Il Codice non accenna altre cause di rivocazione tacita tranne che 1° la formazione di un testamento posteriore, con cui nel pensiero del dispositore le disposizioni precedenti sono inconciliabili; e 2° l'alienazione di fatto della cosa legata. Impertanto ve n'ha una terza, e senza dubbio se il Codice non l'ha indicata perchè, propriamente parlando, non è una semplice rivocazione, e perchè ha tale energia che senza necessità di apposita prescrizione, non può esser caso di dubbiezza. Parliamo della soppressione materiale o legale, dell'atto testamentario.

Così, se dopo fatto un olografo il testatore lo bruci, lo laceri o il cancelli, o se cassi solamente la firma o la data, è chiaro che non v'ha più testamento. Che se poi il testamento olografo si fosse fatto in parecchi esemplari, ed il testatore ne lasci uno intatto, la distruzione delle altre copie evidentemente non produrrà effetto.

Se il testamento fosse mistico, ed il testatore distrugga l'involucro lasciando sussistere la scritta interna, tale scritta varrà sempre come olografo, purchè n'abbia i caratteri; nel caso opposto, non vi sarà più testamento. Quando *il testatore* avesse rotto soltanto i suggelli del testamento mistico, converrà distinguere: se la scrittura interna sia nel foglio medesimo dell'atto di soprascrizione, se si abbia la certezza che lo scritto sia quel desso presentato al notaro, e che le formalità costitutive del testamento mistico siensi d'altronde adempite, noi opiniamo che il testamento debba valere. Che se lo stato dell'involucro non possa più provare lo adempimento delle stanziate formalità, o se lo scritto interno trovisi sopra un foglio diverso dall'involto (il che non farà più

vedere se sia quello acchiusovi dapprima), il testamento non potrà avere legale esistenza.

Se il testamento fosse pubblico, la combustione, la lacerazione, o la cancellatura di una spedizione non nuocerebbe punto all'effetto del testamento, perchè il testamento sta nella minuta di cui la spedizione non è che una copia. Ma se il testatore fosse ito dal notaro ad impossessarsi della minuta, o l'avesse distrutto o cancellata, allora neppure di certo sarebbevi testamento.

180. Le sposte idee si applicherebbero del pari se i fatti suddetti fossero mandati ad effetto di una persona diversa dal testatore; per esempio, dall' erede. Se non che in tal caso provando il legatario che l'atto reso inutile era fatto in pro di lui, gli sarebbero dovuti i danni-interessi; i quali consisterebbero nello equivalente del valore del legato se fosse conosciuto; laddove fosse ignoto, potrebbe secondo i casi elevarsi sino al valsente di tutta la quota disponibile.

IV.—181. Poniamo fine a questo argomento della rivocazione de' legati con una osservazione rilevante.

I testamenti possono contenere alcune clausole che non costituiscono disposizioni di ultima volontà nè sono rivocabili come quelle. Così si è potuto in un testamento confessare un debito o riconoscere un figlio naturale. Gli è manifesto che in tal caso, la revoca del testamento, sia per una dichiarazione notarile, sia per un testamento posteriore, sia per una alienazione de' beni donati, non nuocerebbe affatto allo effetto delle clausole di cui è discorso: il creditore presso di cui sarebbe l'atto che contenga la confessione del debito, il figlio di cui nel testamento (purchè autentico) fosse provata la filiazione, potrebbero sempre invocare tal titolo; perchè se alcuni legati possono rivocarsi, non lo sono di certo la confessione di un debito o la riconoscenza del figlio, e l'atto sarebbe allora invocato, non già come testamento, ma come una scrittura che provi la filiazione o il debito.

I legati possono sempre rivocarsi, rispetto a' testamenti considerati come tali; e noi abbiamo già detto che tutte le clausole per le quali un testatore volesse derogare tal facoltà, dichiarando anticipatamente nulla la revoca che ei potrebbe fare appresso, sarebbero radicalmente nulle.

182. Vedremo più innanzi (art. 1046, 1047 (1001. 1002)) come la revoca possa incorrersi per fatto del legatario, e senza che il testatore muti volontà.

§ 2. — *Della caducità dei legati e del dritto di accrescimento.*

1039 (994). — Qualunque disposizione testamentaria sarà senza effetto, se quegli in favor del quale è stata fatta non sia sopravvissuto al testatore. *

183. Un legato è *caduco*, cade (*cado, cadere*) quando rimane senza effetto, sebbene in se stesso valido e senza alcuna revoca.

Vi ha quattro cause di caducità delle quali la prima ci è indicata dal nostro e dai due seguenti articoli, cioè la premorienza del legatario.

Di fatti dall' essere il legato un semplice progetto in vita del testatore, che diventa un atto di disposizione per la morte del disponente (V. art. 895 (815), n. II), conseguita che colui che al tempo della morte più non esiste, non può vantaggiarsi di quella disposizione fatta dopo la sua morte, non potendo chi non è più raccogliere nulla, nè profittare di alcuna cosa. E siccome il legato, come lo affetto che

*— La premorienza dell'erede istituito non dà luogo a caducità del testamento olografo, quando il testatore abbia in seguito surrogata altra persona con postilla marginale scritta, datata e sottoscritta. C. S. di Napoli, 7 dicembre 1847.

lo ha dettato, è essenzialmente personale a chi si fa, non può, se da quello non raccolto, da verun altro esserlo, e diventa caduco. Quando il legatario sopravvive, anche di pochi momenti, al testatore, il legato gli appartiene, e trasmettesi per la sua morte ai suoi eredi, legatari od altri successori, i quali dovranno far la prova che quegli sia sopravvissuto (articolo 135 (141)). — Senza fallo, secondo l'osservazione di Toullier (V-672) il testatore, avuto riguardo alla premorienza del suo legatario, può dire che egli fa il suo legato « per Pietro o in sua mancanza *pei suoi eredi*, » e allora la premorienza di Pietro farà passare il legato ai suoi rappresentanti; ma non dee dirsi con Coin-Delisle (n. 3) che in tal caso si deroga alla regola generale, per la espressa volontà del testatore; qui puramente e semplicemente si applica la regola generale, essendo allora gli eredi gli stessi legatari, e chiamati personalmente sotto la condizione che Pietro non raccoglierebbe.

184. Se il legato fosse fatto ad una persona morale o a qualunque titolare di un ufficio (a tal città, a tal comunità, a chi sarà sindaco di quel comune alla mia morte) sarebbe caduco secondo la regola ordinaria, se più non esistessero la persona morale, o l'ufficio; per mo' d'esempio, se la comunità fosse stata soppressa. Ben si comprende che si deciderebbe secondo le circostanze, in mancanza di positive espressioni, se il legato fatto al sindaco, al curato, al giudice di pace di quella città, si fa alla persona che trovasi nell'ufficio nel giorno in cui il testatore parla, o all'ufficio stesso, cioè a qualsiasi persona che ne sarà investita al tempo della morte.

1040 (995). — Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione dipendente da uno avvenimento incerto, e tale, che secondo la mente del testatore la data disposizione non debba eseguirsi, se non nel caso in cui sia, o no per succedere l'avvenimento, sarà privo d'effetto, quando l'erede istituito od il legatario muoja prima che siasi verificata la condizione.

1041 (996). — La condizione, che secondo la mente del testatore, non fa che sospendere l'adempimento della disposizione, non impedirà che l'erede istituito, od il legatario, abbiano un diritto acquisito e trasmissibile ai propri eredi.*

185. Quando il legato è condizionale, e la condizione non si è compita innanzi di morire il testatore, il dritto del legatario apresi e diventa trasmissibile ai suoi rappresentanti, non più dal giorno della morte ma da quando la condizione s'è adempita.

Se non che bisogna che l'avvenimento previsto sia veramente una condizione, cioè che sospenda la disposizione medesima, rendendone dubbia la esistenza; se l'avvenimento non rendendo incerta la esistenza del dritto, ne differisca solo la esecuzione, allora, nonostante la inesatta espressione dell'articolo 1041 (996), non sarebbe più una condizione, ma un termine. In quest'ultimo caso, il legato si aprirà sempre per la morte del *testatore*; e sebbene lo avvenimento si *avveri dopo* morto il legatario, il legato gli sarebbe sempre dovuto fin dall'apertura della successione, e sarebbe da lui trasmesso ai suoi rappresentanti.

La cosa adunque si restringe a conoscere

* Massime della C. S. di Napoli.

— Le condizioni apposte ne' testamenti non si retrotraggono al dì dell'aperta successione, come quelle apposte nelle convenzioni. Il legato della dote è subordinato alla condizione delle nozze. 25 luglio 1822.

Sebbene sia vero che il legato non cade quando l'inadempimento del modo o della condizione non dipende dal fatto del legatario, pure cessa questa regola quando il modo o la condizione non è nel solo interesse del legatario, ma della famiglia. 18 febbraro 1826.

— I legati o le istituzioni *sub condictione* si caducano ove il legatario o l'erede muoiano prima di verificarsi la condizione. 28 febbraro 1826.

— Nel legato della dote il diritto si acquista all'epoca delle nozze o del monacaggio, e non già nel tempo della disposizione. 3 dicembre 1830.

e al legato si è aggiunta una vera condizione o un termine, e il modo deve valutarsi unicamente secondo la volontà del defunto, e non già in se stesso, e secondo l'indole delle cose. Così se il defunto abbia fatto ad un giovane il legato di 10,000 franchi che dipenda dalla morte d'un vecchio cui lega una rendita vitalizia, si dovrebbe, riguardate le cose assolutamente e in se stesse, scorgere in quel legato una condizione; avvegnacchè se è certa la morte del vecchio, e incerto se avverrà in vita del legatario, l'avvenimento da cui dipende il legato è dunque futuro ed incerto, il che costituisce la condizione secondo l'articolo 1158 (1111) (1). Ma ciò non basta; bisogna seguire la volontà del testatore, per conoscere se l'avvenimento sia stato o pur no una condizione. Il testatore ha riguardato la morte del legatario più vecchio, o come un avvenimento preventivo che dovrebbe aprire il dritto del legatario più giovane; o piuttosto ha riguardato semplicemente quella morte come il tempo in cui dovrebbe pagarsi il legato di 10,000 franchi. Tal quistione dovrà risolversi; e si deciderà, come tutte le altre somiglianti, coi termini del testamento, e, ove occorre, con tutte insieme le circostanze. Il potere un avvenimento futuro ed incerto, non essere già una condizione, spiega abbastanza come sia mal compilato l'articolo 1041 (996) il quale vuol dire: « L'avvenimento che sarebbe una condizione secondo le regole ordinarie, ma che non lo è nella intenzione del testatore... ».

Del resto per applicare l'articolo 1040 (995) è necessario che la condizione sia possibile e lecita; perchè altrimenti la condizione si terrebbe per non iscritta (articolo 900 (816)).

1042 (997). — Il legato sarà senza effetto, se la cosa legata è interamente perita durante la vita del testatore.

Si riterrà lo stesso, se è perita dopo la di lui morte senza fatto e colpa dell'erede, benchè questi sia stato costituito in mora per il rilascio, allorquando avrebbe dovuto egualmente perire presso del legatario.

SOMMARIO

I. Seconda causa di caducità indicata dal paragrafo 1 : distruzione fisica, o giuridica della cosa legata innanzi di aprirsi il legato.

II. Il 2° paragrafo non prevede un caso di caducità, ed è affatto inutile nel Codice.

I. — 186. Il presente articolo col suo primo paragrafo ci indica la seconda causa di caducità, cioè la perdita della cosa legata, che avviene in vita del testatore; oppure dopo lui morto nei legati condizionali, ma innanzi di compirsi la condizione. L'articolo intende parlare di corpi certi e determinati (quella casa, quel mobile, quel cavallo, ecc.) e non già di cose legate in *genere* (una somma di..... un cavallo in generale, ecc.); potendo in quest'ultimo caso perire la cosa, *genera non pereunt*.

Il legato è caduco per la perdita totale della cosa: se fosse invece parziale, il legato sarebbe solo assottigliato. Così, allorquando Tizio vi ha legato il legname del suo cantiere, e tre quarti o più ne sieno state bruciate da un incendio, vi toccherà quel che rimane; se vi ha legato la sua casa, ed essa è distrutta alla sua morte, a voi spettano il suolo e gli avanzi dei materiali, facendo il suolo certamente parte del legato.

(1) Così i Romani dicevano che un tempo futuro e non determinato fosse condizione nei testamenti, sebbene fosse stato un termine in tutti gli altri atti. *Dies incertus conditionem in testamento facit* (D. l. 35, t. 1, 85).

Ma parlando filosoficamente e giuridicamente, la cosa può essere totalmente perduta, e il legato sarà caduco, sebbene essa fisicamente e in fatto, esista in parte o anche intera.

Così, quando delle travi che Tizio vi ha legato, ne fu fabbricato un navilio, non vi sono più travi, ma un naviglio, e il vostro legato non ha più oggetto; se poscia che la cosa a voi legata sia distrutta, o a disegno o per caso fortuito, e Tizio l'abbia fatta sgombrare e messa ad aratro, e tramutata in un giardino, in un vigneto, ecc. non v' è più nè edificio nè suolo di edificio, ma un immobile rustico che non è affatto la cosa legata.—Similmente diremo che se legato un vigneto, un prato, un giardino, il testatore abbia coverto il suo fondo di terra di una o più fabbriche, è caduco il legato per la perdita giuridica della cosa legata; perchè non più vigneto, giardino, fondo di terra, ma vi ha solo edifici.—Sarebbe diversa la cosa, ove sorgesse dai termini positivi del testamento o dal senso che lor si darebbe per tutte insieme le circostanze, che il testatore abbia voluto tribuire al legatario la tal cosa, in tutti gli eventi, qual ne sia la forma e l'uso cui sia adoperata. Adunque la quistione se il legato sia caduco o efficace, sarà secondo i casi quistione intenzionale, punto di fatto.

187. Del resto, non importa che la cosa legata sia distrutta o dallo stesso testatore, o da altri, il legato non è più inefficace per volontà del testatore, come nella revoca, ma perchè la cosa più non esiste.—Se nondimeno quello pel fatto di cui il legato sia venuto meno, fosse appunto chi ne sia diventato debitore, ed avesse agito con frode, ad insaputa del testatore, noi opiniamo che fosse tenuto al ristoro dei danni-interessi equivalenti, per quel principio che « qualunque fatto che cagioni un danno, obbliga quello per colpa di cui è avvenuto a ristorarlo » (art. 1382 (1336)).

II.—**188.** Il secondo paragrafo dell'articolo è così inesatto quanto inutile nel Codice.—Quando la cosa che è l'oggetto d' un legato (non condizionale) sia fisicamente distrutta dopo la morte del testatore, non è più, che che ne dica Coin-Delisle (n. 2 e 7) un caso di caducità. — Il legato caduco è quello che è senza effetto; ora il legato nel riferito caso, è stato al contrario, pienamente efficace, avendo trasferito nel legatario la proprietà della cosa fin dalla morte del testatore. Se il legatario ne abbia poi perduto la proprietà, gli è per una causa speciale ai legati, non già per caducità; l' ha perduto, del pari come se l' avesse acquistato per compra, per donazione, per successione, per permuta; l' ha perduto (come dice lo stesso Coin-Delisle; non scorgendo la contraddizione in cui cade) per quel semplice principio che la perdita di una cosa cade sul suo proprietario, *res perit domino*. Ma se il legatario era *dominus rei*, il legato quindi aveva avuto il suo effetto; esso non era quindi caduco.

Ciò che diciamo della inesattezza serve pure a mostrarne la inutilità. Perocchè il legatario perde allora la cosa per un principio generale e comune a tutti i casi possibili, non già per una regola speciale ai legati; in questo paragrafo non altro applicavasi che il dritto comune, e la disposizione qui stanziata a fin di determinare i rapporti dell' erede, o altri debitori del legato, rispetto al legatario, era la medesima regola cui va soggetto qualunque debitore di corpo certo, presso del quale la cosa perisce; il nostro paragrafo è una copia breve anticipata dell'art. 1302 (1256) che noi più innanzi spiegheremo.

Il legislatore ha identificato *questo caso* con quello di caducità *essendo* lo stesso il risultamento per il legatario; perchè il debitore di un corpo certo (tanto per legati che per altri casi) è affatto liberato, non essendo per fatto suo privato il creditore della cosa che doveva essergli consegnata.

Se fosse per fatto suo (anche senza colpa) il debitore non sarebbe liberato, e il legatario (come qualunque altro creditore) avrà dritto al prezzo della cosa; con maggior ragione, se è per colpa del debitore. Tutto ciò sarà meglio compreso colla spiegazione dell'art. 1302 (1256).

1043 (990).—La disposizione testamentaria sarà senza effetto, quando l' erede istituito od il legatario la ripudierà, o si ritroverà incapace a conseguirla.*

189. La legge qui espone le due ultime cause di caducità del legato e sono: 3. il rifiuto del legatario, e 4. la sua incapacità di raccogliere; indi passa ai casi in cui il legato, caduco per quel legatario, non lo è assolutamente per lo accrescimento ammesso in vantaggio di altro legatario.

La caducità di un legato, quando può vantaggiare alcuno (perchè deriva da una causa diversa dalla distruzione della cosa legata) giova naturalmente a colui che ne era stato gravato (per lo più l' erede, delle volte un altro legatario) e che viene così dispensato di soddisfarlo. Ma può avvenire diversamente, cioè che il testatore attribuisca ad altri, ad un altro legatario, il vantaggio della caducità. La qual volontà è formale nella sostituzione volgare, cioè quando il testatore, facendo un legato a Pietro dichiara che se questi non lo raccolga, spetterà a Paolo (art. 898 (936)); è tacita almeno presunta dalla legge, quando il legato di una stessa cosa è fatto insiememente a più legatarî; la parte dell'uno, diventando caduco, accrescesi agli altri.

1044 (999 M).— Si farà luogo al diritto di accrescimenlo a vantaggio dei legatarî, nel caso in cui il legato sarà fatto a più persone congiuntamente.

Si riputerà fatto congiuntamente il legato quando dipenderà da una sola e medesima disposizione, e quando il testatore non avrà assegnata la parte di ciascun collegatario nella cosa legata.**

1045 (1000). — Si reputa anche fatto congiuntamente al legato, quando una cosa la quale non è divisibile senza deterioramento, sia stata collo stesso atto legata a più persone, anche separatamente.

SOMMARIO

I. Il dritto di accrescimento *che meglio si chiamerebbe dritto di* non-decrescimento, *non può derivar mai che dalla chiamata a tutta la cosa legata. Lo accrescimento avverrà*

*—Le quote caducate spettano agli eredi legittimi, e non già agli eredi naturali. C. S. di Nap. 3 aprile 1831.

** Il corrispondente art. 999 è così concepito: Avrà luogo il diritto di accrescere a vantaggio degli eredi e dei legatarî, se l'istituzione o il legato è fatto a più persone congiuntamente.

Si reputa fatta congiuntamente l'istituzione o il legato, quando dipenda da una sola e medesima disposizione, e quando il testatore non abbia assegnato la parte di ciascun coerede o collegatario nella eredità o nella cosa legata.

Massime della C. S. di Napoli.

— La espressione *in ugual parte* non toglie la congiunzione de' legatari, ma bisogna assegnare rispettivamente le parti a ciascuno. 21 novembre 1822.

— Il diritto di accrescere ha luogo tra gli usufruttuarî anche per le nostre leggi. — Ma non ha luogo nel caso dell' usufrutto causale. 15 marzo 1827.

— Tra l' usufruttuario, ed il proprietario congiunti in uno stesso legato universale, vi è il diritto di accrescere. 26 giugno 1828.

— Ne' legati di somma determinata, ancorchè la disposizione sia complessiva, non ha luogo il diritto di accrescimento. 28 febbraro 1852.

— Se tre individui sieno chiamati eredi dell'usufrutto col diritto di accrescere fra loro, ed un solo di essi erede nella proprietà; avvenuta la morte di uno degli usufruttuarî ed accresciutasi agli altri la quota di costui, se poscia accade che muoia l' erede proprietario, l' usufrutto non passa agli eredi di costui, ma si accresce all' ul-l'ultimo superstite fra' legatarî dell' usufrutto. 12 luglio 1853 (Cam. riun.).

— L'assegnamento delle parti fa mancare quella chiamata collettiva e solidale che forma l'essenza della congiunzione mista, di cui si occupa l' articolo 999 delle leggi civili; epperò, caducata la disposizione per uno de' collegatarî, la porzione rimasta vacante non potendo accrescersi agli altri collegatarî per difetto di congiunzione, si appartiene per necessità di diritto agli eredi legittimi. 3 marzo 1835.

pure, oltre i due casi preveduti dalla legge, se la chiamata al tutto risulti dalle parole del testamento o da tutte insieme le circostanze.

II. Si stabilisce cotesta dottrina contro Proudhon da una mano; e dall'altra, contro Grenier, Toullier, Duranton, ecc. Antica teoria delle congiunzioni.

III. Il conoscere se un legato contenga o pur no uno assegnamento di parti, e se la cosa legata sia tale che divisa svilisca, sono quistioni di fatto che debbono decidersi secondo le circostanze, e di cui la soluzione sfugge alla censura della cassazione: dissenso col più degli scrittori e colla Corte suprema.

IV. L'accrescimento è necessario pei legatari che abbiano raccolto. — Esso non trasferisce a coloro che accettano i carichi imposti a coloro che mancano.— Si fa sempre per porzioni eguali fra tutti i legatari congiunti.—È trasmissibile agli eredi.

V. Nei legati di usufrutto, l' accrescimento avviene pure quando tutti i collegatari hanno raccolto.—Contraria dottrina del più degli scrittori.—Confutazione.

I. — **190.** Nel titolo precedente abbiamo veduto che l' accrescimento (il cui nome è poco esatto perchè è piuttosto un *non decrescimento*) è il dritto di prendere, in una eredità o in un legato, una parte a cui siamo chiamati, ma che non avremmo avuto se tutti i cointeressati avessero raccolto; esso è stabilito per l'erede o il legatario, non già a dir di Cujacio, *ut plus habeat* ma *ne minus habeat.* Infatti la morte, la incapacità o il ripudio di un coerede o di un collegatario, non può di certo creare pei suoi cointeressati un dritto che prima non avrebbe avuto; a fin di raccogliere lo intero è necessario vi sia la chiamata al tutto, la quale pienamente non si effettuirebbe se tutti i chiamati raccogliessero, *quia concursu partes fiunt.*

Pertanto, onde conoscere se vi sia l'accrescimento in vantaggio di un successore, è necessario riguardare se questi fosse chiamato ad *totum*... Nessun dubbio per il successore *ab intestato*, essendo chiamato all'intera eredità, *nemo pro parte haeres*; per modo che l'accrescimento si effettua quando manchi il coerede (art. 786 (703)). Ma non è così per il successore testamentario, per il legatario sia universale o a titolo universale o particolare, poichè essi non hanno altro diritto che quello conferito loro dal testatore. Or il testatore chiamando due o tre legatari sia a tutti i suoi beni, o a' suoi immobili, ovvero ad una cosa particolare, avrà voluto forse attribuire a ciascuno un dritto a tutta la cosa (il quale sarebbe modificato nel suo esercizio dal concorso de' cointeressati), ma forse avrà voluto pure non dare a ciascuno dei legatari se non un dritto ad una frazione di essa. Dunque per vedere se la caducità del legato fatto ad un legatario produca o no l'accrescimento a pro del collegatario, fa d' uopo indagare quale *sia stata* la intenzione del testatore.

Tale intenzione non sarà mai dubbia e dovrà, qualunque ella sia, eseguirsi allorchè sarà stata formalmente espressa nel testamento.

Ma poichè i testatori raramente si danno la cura di manifestarla senza equivoco, il Codice, imitando in ciò il nostro antico dritto ed il dritto romano, ha stabilito alcune presunzioni, per modo che nei casi preveduti, l'intenzione di chiamare alla totalità sarà di pieno dritto presunta. Ecco ciò che si dice sull'obbietto.

191. Secondo l'art. **1044 (999 M)** « vi sarà luogo ad accrescimento nel caso in cui il legato sarà fatto a più persone *congiuntamente* ».

Questo è il principio, questa *la regola* fondamentale, di senso un po' oscura ma che per altro non era necessario che si fosse espressa dal Codice. In vero essa significa che avverrà lo accrescimento allorquando più legatari saranno chiamati non a cose diverse, o a parti distinte di una medesima cosa, ma ad una cosa intera, per modo che i differenti legati abbiano in sostanza un solo e medesimo oggetto, in altri termini allorchè i vari legatari sieno chiamati al tutto. Ma quando i legati sono fatti congiuntamente ? quando ciascuno dei diversi legatari chiamati alla

stessa cosa lo sia all'intero? Era in ciò la difficoltà, e per questo appunto il Codice ha stabilito le succennate presunzioni...

Il legato, esso dice, si reputerà fatto congiuntamente, vale a dire con la chiamata di ogni legatario alla totalità, quando si farà con una stessa disposizione, e non si assegnino le parti a ciascuno. Così « io lego il mio podere a Tizio ed a Cajo » (art. 1644 (999 M)); del pari si reputerà fatto congiuntamente, quando la cosa legata a più persone, con separata disposizione di un medesimo atto, non possa dividersi senza deterioramento. Per esempio « lego la mia casa di Sceaux (la quale non potrebbe dividersi senza perdita) a Tizio » ed in altro luogo dello stesso testamento « lego la mia casa di Sceaux a Cajo » (art. 1045 (1000)). In tali due casi si presume di pieno dritto che il testatore abbia conferito a ciascun legatario un dritto alla totalità, e se uno de' chiamati premuoia, o sia incapace o ripudî di succedere, l'altro legatario prenderà solo il podere o la casa. I loro legati si reputano essersi fatti congiuntamente, e l'accrescimento avviene. Quindi la circostanza che i legatarî sieno chiamati con una sola e medesima clausola (benchè la cosa possa facilmente dividersi), ovvero l'altra circostanza di essersi attribuita a più legatarî nello stesso testamento una cosa non divisibile senza deterioramento (ancorchè i legati sieno separati) prova agli occhi della legge che il testatore abbia voluto chiamare ciascuno all'intero.

Negli altri casi possibili, i legati non si reputano di pieno dritto fatti congiuntamente; non più si presume la volontà (la quale effettua lo accrescimento) di chiamare ogni legatario alla totalità, ma fa d'uopo provarsi o con le parole formali del testamento, o col complesso delle circostanze.

II.—192. Ma non si creda che la nostra dottrina la quale pare sia adottata da Coin-Delisle (N. 3 e 13), venga generalmente seguita. Proudhon indotto in errore dalle tradizioni dell'antica giurisprudenza, ha dato a' nostri due articoli un'interpretazione quanto inammessibile tanto ingegnosa; il più degli altri autori, mentre rigettano il suo sistema, lasciando agli articoli 1044 e 1045 (999 M e 1000) il loro senso vero, imbattono in un altro errore, insegnando che i detti articoli ristringano rigorosamente il dritto di accrescere ai due casi preveduti. Prima di svolgere cotali dottrine, facciamo un cenno degli antichi principî onde derivano.

Fu già tempo in cui per decidersi se vi era o no dritto di accrescere fra più legatarî, riguardavasi (secondo le romane tradizioni più o meno ben comprese) se dessi fossero uniti, congiunti; 1. mercè la cosa legata ed insieme le parole del testamento *re et verbis*; o 2. mercè la cosa solamente, *re tantum*; o in fine 3 mercè le sole parole, *verbis tantum*. Eravi congiunzione, *re et verbis*, quando i legatarî erano chiamati alla *cosa stessa* con una *stessa clausola* del testamento, e senza indicazione di parti « lego il fondo Corneliano a Tizio ed a Cajo ».—Si effettuiva la congiunzione *re tantum*, allorchè il legato di una medesima cosa a più legatarî senza assegnamento di parti si fosse fatto con disposizioni separate « lego il fondo Corneliano a Tizio » ed altrove « lego il fondo Corneliano a Cajo ».—Finalmente la congiunzione *verbis tantum* avveniva quando i legatarî chiamati con una medesima disposizione, aveano una parte separata nella cosa « lego il fondo Corneliano a Tizio ed a Cajo, a ciascuno per metà.»

La congiunzione *re*, o fosse sola o unita all'altra *verbis*, essendo la chiamata di più legatarî alla medesima cosa, cioè il virtuale conferimento della cosa intera a ciascuno di essi, operava sempre l'accrescimento; cotalchè vi era accrescimento e per la congiunzione *re et verbis*, e per la congiunzione *re tantum*. Per l'opposito, la congiunzione *verbis tantum* dava argomento a lunghe dispute; ma molti giureconsulti aveano adottato una opinione, la quale consisteva nel distinguere se l'assegnazione delle parti versava sulla stessa disposizione (lego tal cosa a Tizio ed a Cajo, cia-

scuno nella metà), o solamente riferivasi alla sua esecuzione (lego tal cosa a Tizio ed a Cajo per dividersela in metà). Lo accrescimento effettuavasi non nel primo caso ma nel secondo, perchè opinavasi che il testatore avesse voluto chiamare ciascun legatario alla totalità, e parlato di porzioni prevedendo una divisione forzata e necessaria del concorso delle parti legatari. Si vede adunque che si ammetteva l' accrescimento nell'ultimo caso, perchè porgevasi nascosta sotto la congiunzione *verbis* una congiunzione *re*, di modo che a torto le si attribuiva il nome di congiunzione *verbis tantum*, essendo effettivamente *re et verbis*.

Così distinguevasi: 1. la congiunzione *re tantum*, la quale ingenerava l'accrescimento per la stessa virtù delle cose: 2. la congiunzione *re et verbis* che lo ingenerava a cagione della congiunzione *re* ivi contenuta; e 3. la congiunzione *verbis tantum* la quale se talvolta producevalo, avveniva perchè vi si celava la congiunzione *re*. Quella *re* pertanto producea lo accrescimento ovunque e sempre, e l'altra *verbis* pura non lo produceva giammai.

193. Proudhon (*Usufrutto*, capitolo 13) muovendo da siffatte idee ha dato ai nostri articoli 1044 e 1045 (999 M e 1000) una spiegazione che si riepiloga nel modo seguente: « L'art. 1044 (999 M) supponendo un legato fatto a parecchi con unica disposizione e senz' assegnazione di parti, offre evidentemente l' antica congiunzione *re et verbis*, e riproducendone gli antichi principi, ammette per tal caso lo accrescimento. L'art. 1045 (1000) parlando d'una cosa legata a diversi *col medesimo atto* dice mercè una *stessa disposizione*, *una sola frase del testamento*, e la parola *separatamente* è ivi sinonima di *un assegnamento di porzioni*. Dunque l'articolo prevede la congiunzione *verbis tantum*. cioè quella onde un tempo tanto discutossi; e troncando ogni disputa con una semplicissima distinzione, sancisce che l'accrescimento avrà e non avrà luogo secondo che la cosa non possa o possa dividersi senza deterioramento. Il Codice non ha parlato della congiunzione *re tantum*, perchè non era necessario, essendo fuori dubbio dover sempre produrre l'accrescimento. In fatti, la congiunzione *re et verbis* lo produce unicamente per effetto di quella *re* unita all'altra *verbis* e non già per virtù di quest'ultimo. In ciò scorgesi una conseguenza mediata, ma necessaria dell'articolo 1044 (999 M). Così 1. vi ha sempre accrescimento per la congiunzione *re et verbis* (art. 1044 (999 M)); 2. anche sempre per la congiunzione *re tantum* (conseguenza dell'art. 1044 (999 M) 3. infine avviene solo per la congiunzione *verbis tantum* quando la cosa non sia divisibile senza deterioramento (art. 1045 (1000)).

È questo il sistema di Proudhon, che sembra essere anche abbracciato da Demante (II, 427, 429).

193 *bis*. Se non che a noi pare erroneo; perocchè non può ammettersi senza rinunciare al senso delle parole, che le parole dello art. 1045 (1000) *col medesimo atto*, significhino *con la medesima frase del testamento*. Neppure è possibile approvare che la parola *separatamente* suoni *con assegnazione* di *porzioni*, poichè lo accrescimento non può risultare se non che dal diritto conferito sul tutto per volontà del testatore: or come riconoscere un dritto sull' intero allorchè il testatore abbia formalmente dichiarato che dava diritto ad una frazione? Per esempio, ho legato la mia casa (la quale *dividendosi* svilirebbe di valore) a Pietro a *Paolo* e a *Luigi*, *ma solamente a ciascuno in una terza*; come pretendere che ognuno sia chiamato al tutto, e se manchino due legatari, il terzo avrà dritto alla intera casa?.... Quindi la interpretazione di Proudhon è stata rigettata dagli scrittori, i quali tutti hanno riconosciuto che nell'art. 1045 (1000) vi ha un legato fatto a molti non *con una medesima clausola* e *con assegnazione di porzioni*; ma *con un medesimo* testamento ed *in clausole separate*; che l'articolo riproduce non l'antica congiunzione

verbis tantum, ma l'antica congiunzione *re tantum* (1). Ma mentre tutti bandiscono che i nostri articoli non riproducono in niun modo le antiche idee che Proudhon crede trovarvi, nulladimeno il più di essi non sanno rinunziare a tali idee da loro riguardate come costituenti i veri principî: quindi opinano che l'accrescimento può essere invocato dai legatari solamente nei due casi indicati dai nostri articoli.

Se non che noi abbiamo veduto al n. 1° che non è questo il senso della legge. I due casi preveduti dai nostri articoli sono i soli in cui l'accrescimento si effettui *per presunzione di legge*; ma il Codice in nissun luogo aggiunge che sieno i soli in cui sia assolutamente possibile. Anzi i nostri articoli dicono il contrario. E veramente, vi si dice innanzi tutto che l'accrescimento avrà luogo ogni qual volta un legato *sarà fatto* congiuntamente; poscia si vengono indicando due casi nei quali vuolsi che sia tale *reputato*; or oltre a quei casi in cui il legato si *reputa* fatto congiuntamente di pieno dritto, e per presunzione di legge, non vi han forse tutti gli altri in cui la congiunzione dei legatari potrà essere stabilita in fatto benchè non sia presunta dalla legge?... Se dopo avere legato il mio campo a Pietro, dico in un'altra parte del testamento medesimo, o in un altro posteriore, che lo lego a Paolo *il quale vi avrà dritto congiuntamente con Pietro*, non è fuori dubbio che vi sarà allora una congiunzione non solo *reputata* giusta i nostri articoli, ma certa ed evidentissima? Non fuori dubbio che allora lo accrescimento dee necessariamente operarsi secondo il paragrafo 1° dell'artic. 1044 (999 M), il quale lo sancisce tutte le volte che il legato sia stato fatto a più persone congiuntamente? . . . Quindi la congiunzione e lo accrescimento che nel caso proposto risultano da una espressa dichiarazione del testatore, potranno in altri casi derivare da ben diverse circostanze.

Dunque la quistione di sapere se si effettui o pur no lo accrescimento, dipendendo unicamente dalla volontà del testatore, siccome noi abbiamo stabilito e tutti riconoscono, sarà sempre un esame di fatto, una quistione di volontà che spetta ai magistrati valutare. Nei due casi suddetti la intenzione è presunta di pieno dritto, ed i tribunali non potrebbero ricusarsi a dichiararla senza violare la legge; negli altri è devoluto ad essi giudicare in fatto se esista o pur no.

194. Checchè se ne dica, a noi sembra che la regola del Codice sia più saggia, più razionale del sistema matematico ed assoluto del nostro antico dritto..... In un primo testamento Pietro lega il suo patrimonio a Tizio, in un altro posteriore dichiara che lo lega a Cajo; vi hanno in tal caso due legatari chiamati con separate disposizioni alla medesima cosa, ed essendo dunque una congiunzione *re tantum*, vi sarebbe sempre luogo ad accrescimento... Ma chi assicura che all'opposto il secondo legato non fosse giusta la mente del testatore, una revoca del primo, e che perciò il legato di Tizio sarebbe nullo, quantunque quello di Cajo fosse caduco?.. Chi assicura che il testatore non abbia voluto trasformare la prima disposizione in semplice legato a titolo universale, dando a ciascuno de' legatari un dritto alla metà de' suoi beni?... È lo stesso dei legati particolari: quando il testatore conferisce a Tizio il podere che avea dato a Cajo in un precedente testamento, può senza dubbio intendersi aver voluto conferire a ciascuno un dritto all'intero, ma può del pari significare che voglia chiamare ciascuno alla metà della cosa, o finalmente che abbia revocato interamente il primo legato. Come decidere dunque quistione di volontà con regole generali, assolute e stabilite a *priori*?... Fa d'uopo all'opposito per giudicarne, consultare il contesto dei testamenti, ed il complesso dei fatti; che se una critica dovesse farsi alla legge, la si dovrebbe per aver lasciato sussistere ancora per due casi coteste regole gene-

(1) Grenier (n. 350) Toullier e Duvergier (V-688) Delvincourt, Duranton (IX, 508).

rali, le quali non che assicurare la volontà del disponente dagli errori dei giudici, riescono sovente a violarla.

Del resto, la legge essendo formale in tali due casi, bisognerà osservarla. Ma eccettone questi, gli altri casi saranno unicamente quistioni di fatto.

III.—195. Medesimamente sono quistioni di ugual natura il sapere se un legato fatto a più persone contenga o no un assegnamento di parti; se la cosa legata possa o no deteriorarsi dividendosi.

Non è dubbio per la quistione dello svilimento, poichè spetta a' magistrati decidere se la divisione della cosa ne diminuisse il valore, e su di ciò le Corti di appello sarebbero sovrane.

Ma potrà dirsi il medesimo in considerare attentamente l' altra quistione intorno all' assegnamento di parti, quantunque la Corte suprema avesse da gran tempo adottato una dottrina contraria. Veramente, quando una Corte di appello valutando le parole adoperate dal testatore, abbia deciso che contengono un assegnamento di parti, e ricusato perciò lo accrescimento, avrà potuto forse giudicar male; ma certamente non violare alcuna regola del Codice... la legge ordina di ammettere lo accrescimento nel caso che non siensi assegnate le parti a ciascun collegatario; la Corte ha negato l' accrescimento giudicando, bene o male, che l'assegnamento delle parti erasi fatto; certo che non ha violato alcuna legge. Ma noi non potremmo comprendere come siensi potute annullare decisioni di tal fatta (1).

È anche indubitatamente una quistione ed assai dibattuta quest' altra, se debba ravvisarsi un assegnamento di parti allorchè la indicazione del reparto leggasi non nella frase che crea il dritto de' legatari, ma in quella che prevede la esecuzione di tal dritto; se non che tale quistione è tutta in fatto, e la Corte suprema occupandosene, obblia il suo ufficio appartenendo ciò solamente alle Corti d' appello...Diciamo esser la quistione dibattuta, perchè se il testatore in vece di dire: « lego il fondo Corneliano a Pietro ed a Paolo in uguali porzioni » avesse detto « lego il fondo Corneliano a Pietro e a Paolo per dividerlo in uguali porzioni » Toullier (n. 691), Favard (v. *Test.*) e Duranton (n. 50; 507) insegnano che in ciò non v' ha assegnamento di parti: dicono che le parole *per uguali porzioni* invece di versare sulle parole, cioè sull' attribuzione del dritto, sulla stessa disposizione, versano su quelle *per dividere*, val a punto dire solamente sulla esecuzione della disposizione. Allora due sono i membri della frase, il secondo prevede la esecuzione del legato e supponendo naturalmente il concorso dei legatari, segna la divisione che dovrà seguire *concursu partes fiunt*; ma poichè nel primo membro che costituisce il legato non leggesi alcun che di somigliante, dovrà certamente conchiudersi che il legato fu fatto senza assegnarne le parti. Questa dottrina per altro è rifermata dalle tre sopra citate decisioni della cassazione. All'opposito. Delvincourt, Proudhon (*Usuf.*; n. 703 720). Dalloz (cap. 9, sez. 4) e Vazeille (art. 1044 (999 M) n. 4) sostengono che l'art. 1044 (999 M) negando l'accrescimento allorchè vi ha assegnamento di parti non prescrive il modo di cotale indicazione, onde è che appena dessa sia scritta o nel principio o al termine delle frasi, deesi affermare che esiste sempre.

Noi crediamo con Coin-Delisle (n. 7) che sì gli uni che gli altri abbian torto nel volere risolvere la quistione *in un* modo assoluto, essendo al *contrario, una* quistione di volontà, la cui *decisione* dipende dalle circostanze... Come pretendere che un mercante, un coltivatore, ed anche un uomo di affari rilevi una differenza sì sostanziale tra le parole « lego i miei beni a Pietro ed a Paolo ciascuno per metà » e le altre « lego i miei beni a Pietro e a Paolo per dividerli in metà per ciascuno? » Forse che tale differenza vera quanto si voglia, non sarebbe impercettibile a nove decimi dei cittadini? Don-

(1) Cassaz., 18 ottob. 1808; 14 marzo 1815; 18 dic. 1832 (Devill. 33, 1, 36).

e poichè tutto dipende dalla intenzione, sciate che il giudice di ciascun fatto spe- ide la desuma dal grado e dal genere struzione del testatore, dalla più o meno inde precisione delle sue consuete scrit- re, e soprattutto dal testamento, dal raf- onto delle varie parti di esso, in breve l complesso delle circostanze; astenetevi indi dallo stabilire *a priori* una regola flessibile, la quale sarà novanta volte i cento falsa (1).

IV.—196. In generale sembraci che non iesi mai abbastanza compreso il gran prin- ipio, essere lo accrescimento non altro n sostanza che un non-decrescimento; essere stabilito, al dir di Cujacio non già affinchè il legatario *abbia più* di quello che eragli stato dato, ma solamente onde non *abbia meno*; essere semplicemente la conseguenza dell'avere ciascun collega- tario dritto alla totalità della cosa legata. Se tale idea razionale, la quale solamente può offrire presso noi una base alla teo- rica dell' accrescimento, fosse ben com- presa, basterebbe senza fallo a risolvere di leggieri ed in modo soddisfacente le svariate quistioni che questa materia può ingenerare. Le quali a torto vogliónsi de- cise con regole romane scritte in tempi diversi, per materie pur diverse, e tal- volta con vedute contraddittorie.

Così, si ammette generalmente che lo accrescimento per colui che trovisi chia- mato a raccoglierlo sia facultativo. Una cosa è stata legata congiuntamente a Pie- tro ed a Paolo; Pietro accetta, e ne pren- de una metà lasciando l'altra pel suo col- legatario che la rifiuta. Potrà Pietro rite- nendo la prima metà ricusare di unirvi la seconda? Secondo noi, no; poichè Pie- tro era chiamato al tutto, l' oggetto del le- gato era la cosa intera, sicchè accettando- lo, egli avrà accettato il tutto.

Così ancora si dubita se l'accrescimento imponga a colui cui giova, i pesi addos- sati al collegatario che manca: il testatore dice « lego il mio podere a Pietro ed a Paolo, obbligando quest' ultimo a pagare una rendita vitalizia di 200 fr. ad N, prendendo Pietro solo il podere per la caducità del legato di Paolo, sarà obbligato a pagare la rendita? Toullier (n. 695), Proudhon (*Usuf.*, n. 643) ed altri con essi rispon- dono del sì; ma a noi per contrario come anche a Delvincourt e a Duranton (n. 517) sembra certa la negativa. E veramente Paolo solo era obbligato al peso del pa- gamento della rendita; s' egli avesse rac- colto il tutto (per cagione della caducità di Pietro) o la metà, certo sarebbe stato tenuto a soddisfare il carico; ma essendo la chiamata di Pietro al tutto senza alcun peso, non lo si potrà certamente obbli- gare a cosa alcuna. Per obbligarnelo sa- rebbe necessario che il peso non fosse imposto soltanto al legatario che manca, ma congiuntamente siccome il legato in sè stesso. Così quando io dico: « Lego il mio podere a Pietro ed a Paolo purchè paghino una rendita di 200 fr. a N. » il peso si è imposto a Pietro che a Paolo; ed essendo congiuntamente, obbliga am- bidue per l' intero; se ciascuno prenderà la metà del podere, pagherà del pari la metà della rendita; se all' opposito per la mancanza di uno, all' altro solo toc- cherà il podere, questi pagherà l' intera rendita. In breve, siccome lo accresci- mento non conferisce al legatario più di quello cui avea diritto *ab initio*, e non può attribuirgli quello a cui non fu personalmente chiamato, così del pari non può addossare su lui i pesi impo- sti altrui, ai quali non era stato perso- nalmente sottoposto.

197. Si dubita inoltre, nel caso in cui lo accrescimento debba profittare a molti collegatari, in quale proporzione e secondo quali regole dovrà dividersi il beneficio fra loro. Se il testatore in un primo te- stamento avesse detto: « lego i miei beni di Choisy a Pietro, a Paolo, ed a Filippo » poscia in un altro posteriore dicesse: « Le- go i miei beni di Choisy a Giacomo, Gio- vanni e Giulio, i quali li prenderanno congiuntamente a Pietro, Paolo e Filip-

(1) V. Tolosa 31 luglio 1828; Rig. 19 genn. 1830.

po (1) » come si farà la divisione dei beni fra gli altri cinque, se Pietro non raccoglierà?

Parecchi giureconsulti, e specialmente Duranton (n. 515), vanno in sentenza che Paolo e Filippo essendo congiunti col legatario decaduto per la cosa e per le parole insieme, mentre gli altri tre lo sono per la cosa unicamente, i primi debbano esser preferiti agli ultimi. Quindi solo essi vantaggiano della caducità di Pietro prendendo ciascuno una metà de' beni, (cioè il quarto) dividendosi gli altri tre l' altra metà in tre parti (una sesta per ciascuno). Quindi potrebbe operarsi l' accrescimento in vantaggio di Giacomo e consorti, solamente quando Paolo o Filippo incorressero nella caducità siccome Pietro... Noi francamente disapproviamo codesta dottrina. I dritti de' legatari, sieno congiunti *re et verbis simul*, o lo sieno *re tantum*, sono sempre gli stessi; ciascuno è sempre chiamato a tutta la cosa legata; per modo che, avendo ciascuno un dritto uguale a quello degli altri, ne consegue che la ripartizione si debba eseguire fra tutti in ugual parte, qualunque fosse il numero di coloro che accettano: nella nostra specie dunque ciascuno prenderà un quinto.

Si è dubitato in fine se il dritto allo accrescimento si tramandi agli eredi. Per esempio, si sono legati a Pietro e a Filippo 30,000 fr. Pietro muore dopo avere accettato o per lo meno senza avere ricusato, e perciò trasmettendo al suo erede il legato, Paolo accetta anch' egli dopo Pietro, e quindi Filippo rinunzia. Si dirà forse che essendo al momento della caducità di Filippo, morto Pietro, e Paolo solo vivente, l' accrescimento avverrà solamente per lui di guisa che egli avrà 20,000 fr. e lo erede di Pietro non potrà avere che i fr. 10,000 raccolti dal suo autore? No certamente. Pietro raccogliendo il suo legato, il suo dritto l' ha trasmesso all' erede (art. 1014 (968)); or il legato, non altrimenti che quello di Paolo e di Filippo versava sul tutto, cioè su 30,000 fr., dunque l' erede di Pietro ha dritto ai 30,000 fr., non meno che Paolo; e poichè per il rifiuto di Filippo la divisione avviene fra due e non fra tre, Paolo e l'erede di Pietro avranno quindi ciascuno 15,000 fr.

198. Queste varie soluzioni, come ben si scorge, sono semplicissime conseguenze del principio evidente, che ciascuno de' legatari congiunti sia chiamato alla totalità della cosa legata, e che la congiunzione sta appunto in questa chiamata al tutto.

V.—199. Ci resta a trattare su questa materia dell'accrescimento, un ultimo punto abbastanza delicato, cioè, se nei legati di *usufrutto* possa pure farsi l'accrescimento, posciacchè tutti i legatari congiunti abbiano raccolto. Così a Pietro e Paolo congiuntamente sia stato legato l'usufrutto di un podere; l' uno e l' altro abbiano raccolto il legato; ciascun di loro abbia avuto il godimento di una metà del podere; e dopo uno o due anni Paolo muoja. In tal caso, prenderà Paolo fino alla sua morte l' usufrutto dell' intero podere, ovvero la parte del godimento che aveva il defunto legatario si congiungerà immediatamente alla nuda proprietà?

Il dritto all' accrescimento in pro del collegatario, era stato sempre riconosciuto nel dritto romano, e nel nostro dritto antico. Ma i nostri scrittori moderni, eccettone Coin-Delisle, hanno insegnato ciò non potere ammettersi sotto il Codice. « Il principio fondamentale in questa materia, essi dicono, si è che l' accrescimento non può avvenire che per le parti che non si raccolgono. Un tempo la cosa andava diversamente in caso di usufrutto, per eccezione e per effetto di una particolare regola che facea considerare l' usufrutto come una massa di dritti quotidiani succedentisi gli uni agli altri; dimodochè in

(1) Aggiungiamo le ultime parole affinchè non possa ravvisarsi nel secondo legato la revoca del primo. Ma lo effetto sarebbe sempre lo stesso, se pure coteste parole non esistessero, purchè fosse riconosciuto in fatto che non si faceva una sostituzione del secondo legato al *primo*, ma una congiunzione *re tantum* dei tre novelli legatari agli altri tre.

un legato di usufrutto si scorgevano altrettanti legati distinti, quanti i giorni in cui durava il dritto; *usufructus quotidie constituitur, quotidie legatur*. Così, dall'essere il dritto di ciascun giorno l'oggetto di un legato speciale, deriva che vi fosse caducità (in qualsiasi tempo morisse uno dei collegatari, e sebbene molto tempo dopo che abbia raccolto la sua parte di usufrutto) e quindi accrescimento per tutti i legati dei giorni posteriori alla sua morte. Or non essendosi in alcun luogo del Codice riprodotta questa romana sottigliezza, non si dà pur luogo alla eccezione (1) ».

Noi non adottiamo tal dottrina, parendoci che debba sempre mantenersi la decisione del dritto romano, e del nostro antico dritto; che la sottigliezza rimproverata alla legge romana non fosse, come si crede, la ragion di decidere, ma una semplice *spiegazione*, a cui potea facilmente sostituirsene altra tutta naturale, e che il preteso principio su cui si appoggia non sia affatto un principio ma un, idea secondaria, è vera pei legati di proprietà, falsa per quelli di usufrutto.

200. Difatti, quando il legato fatto a due individui, attribuisce ad ognuno la stessa cosa per l'intero, i due saranno evidentemente soggetti a un decrescimento inevitabile del loro dritto, se entrambi raccolgono; se l'uno poi non raccoglie, l'altro avrà intero il suo legato, ed è questo che mal nomasi *accrescimento*.

Ciò posto, gli effetti del legato saran diversi secondochè la cosa legata sarà la stessa proprietà ovvero l'usufrutto.

Se a Pietro ed a Paolo si è legato un podere, e tutti e due lo raccolgono, l'accrescimento non avverrà nè per l'uno, nè per l'altro, essendo ognuno ridotto alla sua metà, e vi sarà ridotto non solo per adesso ma *per sempre*. Che Paolo muoja due anni, un anno o otto giorni dopo di aver raccolto; il dritto da lui raccolto passerà al suo rappresentante, il quale, qualunque esso sia, non meno che la presenza dello stesso Paolo, impedirà l'accrescimento del dritto di Pietro; i rappresentanti successivi di Paolo (eredi legatarî, donatarî, compratori, e altri) continuano in perpetuo ad aver la proprietà che quegli aveva sulla metà del podere legato, e Pietro in perpetuo trova impossibile che il suo legato si estenda su tutto il podere. Dunque bene a ragione si dice che l'accettazione di tutti i collegatari renda impossibile l'accrescimento (nei legati di proprietà) assolutamente e per sempre. Ma, come ben si scorge, non è questo un principio, una proposizione stanziata *a priori* dal legislatore; al contrario è dessa una conseguenza, un risultamento della natura delle cose; dimodochè è falso il punto da cui muovono i nostri avversarî; manca loro la base su cui fondano l'argomento. Venghiamo ora ai legati di usufrutto.—Si è legato a Pietro e a Paolo congiuntamente, e a ciascuno per l'intero, l'usufrutto di un podere; se Paolo raccoglie insieme a Pietro, questi non può prendere per ora, che la metà dell'usufrutto, che è impossibile l'accrescimento, per ora, e finchè Paolo sarà in vita; ma se questi muore innanzi a Pietro, se il dritto di Paolo (che è affatto personale e non può passare ai suoi rappresentanti) si estingue, chi può dunque impedire che il dritto di Pietro si eserciti ormai nell'intiero, che Pietro abbia fino alla sua morte l'usufrutto dell'intero podere? Il testatore aveva detto a Pietro: « voglio che tu abbia sino alla tua morte l'usufrutto di tutto il mio podere » tal volontà, esistendo Paolo, non si è potuta sino ad ora effettuare; ma essendo ormai possibile, per qual ragione o pretesto non si dovrebbe recare ad effetto?

Quindi: 1° il principio fondamentale che s'invoca non esiste: essendo semplicemente il preteso principio la conseguenza di una impossibilità di fatto, la quale non ha luogo in caso di usufrutto: 2° la sot-

(1) Merlin (*Rep.*, v. *Usuf.*, § 5, art. 1), Grenier (n. 353), Toullier (V-699), Delvincourt, Proudhon (*Usufr.*, n. 675), Favard (v. *Test.*, sez. 3, § 3), Vazeille (art. 1044 (999 M, n. 11) Bugnet (*sopra Pothier*, VIII, p. 325).

tigliezza di cui si mena tanto rumore, e che si scorge come il nostro mezzo di decidere, non entra nella quistione: 3° infine la soluzione che si dà come un' *eccezione* ha un principio immaginario; è al contrario l'applicazione di quel principio n[aturale], e veramente fondamentale, che bisogna, quando nulla lo impedisce, seguire la volontà del testatore (1).

§ III.— *Della revoca incorsa per fatto del legatario.*

1046 (1001). — Le medesime cause che secondo l'art. 954 (878) e le due prime disposizioni dell'art. 955 (880) autorizzano a revocare la donazione tra vivi, saranno egualmente ammesse per chiedere la revocazione delle disposizioni testamentarie.*

1047 (1002). — Se questa domanda ha per fondamento una ingiuria grave fatta alla memoria del testatore, deve essere proposta fra l'anno da computarsi dal giorno dell' ingiuria.

SOMMARIO

I. Quattro cause di revoca.—Quanto duri l'azione dei diversi casi: dissenso con Duranton. Il perdono del testatore non renderebbe ammissibile l'azione che si fonda sull'ingratitudine.

II. Nessuna causa di revoca può essere aggiunta a quelle indicate dal testo. Del resto la revoca ha di necessità effetto retroattivo.

I.—**201.** Sebbene le disposizioni testamentarie diventino irrevocabili, in principio, per la morte del testatore, pure la legge ha consentito che si possano far rivocare in quei casi, in cui il testatore le rivocherebbe, se fosse ancora tra vivi.

Essa prima lo permette (articolo 1046 (1001)) per le cause che farebbero rivocare una donazione fra vivi. Onde il legato potrà rivocarsi: 1. Per inadempimento delle condizioni, cioè, dei pesi imposti ai legatari (art. 954 (879)). 2. Per avere il legatario attentato alla vita del testatore (art. 955-1.° (880)) e 3. Per sevizie, delitti e ingiurie gravi commesse dallo stesso legatario contro il suo benefattore (articolo 955-2.° (880)). Non poteva farsi quistione dell' ultima delle cause indicate per le donazioni dall'art. 955 (880), cioè il rifiuto degli alimenti; avvegnachè, sic-

(1) *Conf. Rep. du J. du pal.* v. (*Subtil*, tit. 3, cap. 1, sez. 4); Aix, 11 giug. 1838; Rig. 1 giug. 1841 (Dev.,39, 2, 46; 41, 1, 851).—I motivi della seconda decisione sono di nessun rilievo. La camera dei ricorsi si fonda in ciò, che nella specie il dritto non era in vero un accrescimento, ma un non decrescimento; or come si è veduto dappertutto e sempre, tanto per la proprietà, che per l'usufrutto, l'accrescimento non è che un non decrescimento.

* Massime della Corte Suprema di Napoli.

— L'erede è tenuto alla celebrazione delle messe in virtù dell'obbligazione nascente dal testamento.

— La commutazione o riduzione di esse fatta dal Pontefice non ha che fare coll' obbligazione suddetta, ma risguarda solo la coscienza. 26 aprile 1827.

— La penale della perdita del legato scritta nel caso di lite contro l'erede per la credità, non si estende al caso in cui la lite abbia per oggetto diritti che i legatarî esperimentino come i creditori. 30 agosto 1831.

— Il legatario che sperimenti le sue ragioni in giudizio contro l' eredità del defunto, non decaderà dal legato lasciatogli senza minaccia di decadenza, 14 gennaro 1832.

— Quando si è fatto legato di usufrutto dal marito alla moglie, con seconda chiamata nel caso che la legataria passasse a seconde nozze, queste verificate, si decade dal legato; e sposando il secondo chiamato, questi non è incapace di acquistarlo. 23 sett. 1851.

— Provato che la moglie, istituita dal marito legataria universale dei mobili, col peso di presentare un altro testamento anteriore, fatto in favore de' suoi nipoti, non ha potuto adempire a ciò perchè il marito ritirò quel testamento dalle mani di lei che ne era la depositaria, è legittima la conseguenza, che la legataria non abbia contravvenuto al volere del testatore, e che però non possa dirsi decaduta dal legato. 13 gennaro 1855.

me il legato diventa solo un atto di disposizione per la morte del testatore, e sola ne compie la liberalità . così il legatario non ha mai potuto con tal titolo essere obbligato a prestare gli alimenti all'autore della disposizione. Ma alle già indicate aggiungesi qui un'altra causa di revoca che non esiste per le donazioni, cioè la ingiuria grave verso la memoria del testatore (art. 2047 (1002)).

Il Codice ci dice, che in quest' ultimo caso l'azione sarà solo ammessibile per un anno da correre dal giorno del delitto; e noi teniamo per fermo, contro all'avviso del Duranton (IX, 480), che non si possa andare in là, e per analogia coll' articolo 957 (882) aggiungere « o dal giorno in cui il delitto sarebbe stato conosciuto dagli eredi ». Si tratta di pena fulminata contro l'ingratitudine; nè le pene si estendono per analogia. Il legislatore avrà senza fallo creduto che un' ingiuria *grave*, fatta alla *memoria* di una persona , supponga necessariamente un fatto che sia stato molto in voce, e che basterà sempre un anno agli eredi per conoscerlo , e deliberarsi , ed intentare l' azione.

202. La legge nell' indicarci la durata dell' azione per questo spezial caso , non l' indica per quelli preveduti dallo art. 1046 (1001). Da tal silenzio inferiamo che questi casi sien regolati dal dritto comune; e l' azione durerebbe trent'anni per la inesecuzione dei carichi; ed ove fossevi stato misfatto o delitto, durerebbe quanto l'azione principale per il misfatto o il delitto. Anche in ciò Duranton segue diversa sentenza (numero 479) , e vuol sempre che l'azione sia d'un anno per analogia dell' art. 957 (882). Se non che la storia della compilazione del Codice non ci consente di accostarci all'opinione di lui. In fatti, il progetto conteneva il rimando dello art. 1046 (1001) (allora 134) all'art. 957 (882) (allora 63) pei casi di misfatto o delitto; la sezione legislativa soppresse il rimando pei delitti, lasciando sussistere nel suo articolo (divenuto 123) l'azione annale per il caso di omicidio ; ma nella discussione al Consiglio quest' ultima disposizione venne tolta via per la osservazione che fecero Treilhard e Tronchet , cioè « che sarebbe contrario all' ordine,che un assassino godesse delle spoglie della sua vittima, perciò che non fosse stato ricercato dentro un anno, e che l' azione deve avere la stessa durata , dell' azione criminale ». (Fenet, tomo II, pag. 295, artic. 154 , tomo XII. pag. 400 art. 122-123 e pag. 402).

203. Del rimanente,l' azione non sarebbe più ammissibile , anche se scorso meno di un anno dal giorno del delitto o misfatto , il testatore avesse perdonato al colpevole; poichè, siccome la revoca si fonda sulla presunzione, che il testatore se pur vivesse la rivocherebbe egli stesso , così la rivocabilità verrebbe meno con la presunzione su cui si fonda, se fosse chiarito il fatto che il testatore abbia rimesso la colpa più o men grave commessa contro di lui.

II.—204. Ben si comprende d'altronde, che la revoca non potrebbe esser mai profferita per cause diverse da quelle che ci sono dai nostri articoli indicate. La è questa materia rigorosa , e non è lecito di estenderla oltre ai limiti segnati della legge; non basta esser probabile che il testatore se vivesse rivocherebbe; è necessario essere in uno dei casi, in cui il legislatore sul fondamento di quella probabilità ha permesso la revoca.

Così un testatore, che suppone di morire senza figli, lascia incinta la vedova; il nascere del postumo non potrebbe far rivocare il legato, sebbene di pieno dritto rivocherebbe una donazione fra vivi (articolo 960 (885)). Potrebbe solo darsi luogo a riduzione. — Così pure, sebbene il non avere denunziato l' omicidio del defunto rimuova dalla successione l'erede legittimo (art. 727-3° (648)), il legatario non potrebbe per la stessa causa esser privo del suo legato, almeno in senso assoluto; non potendo esserlo , se non quando le circostanze farebbero decidere in fatto che la mancanza della denunzia sia stata un'ingiuria grave alla memoria del testatore.

Si comprende parimente che la revoca

dichiarata retroagirebbe, onde terrebbesi il legatario indegno, come se mai nol fosse stato, siccome la indegnità profferita di un donatario, o di un erede fa sì, che legalmente essi non sieno stati mai nè l'uno, nè l'altro (art. 729 e 958 (6[illegible] 883)). La indegnità appena chiarita fa guardare il dritto dell'indegno come [illegible] mai esistito, tranne solo, siccome vedem[illegible] ciò che riguarda i terzi acquirenti (1).

CAPITOLO SESTO

DELLE DISPOSIZIONI PERMESSE IN FAVORE DEI NIPOTI DEL DONANTE O TESTATORE, O DEI FIGLI DEI SUOI FRATELLI E SORELLE.

205. Vedemmo nella 1ª parte di questo tomo (art. 896, 897 (941, 942) che si chiama appo noi *sostituzione fedecommessaria*, o semplicemente *sostituzione* la clausola con cui i donanti o testatori impongano a colui che gratificano il carico di conservar la cosa donata sino alla sua morte, onde poi trasmetterla ad una o più persone che i disponenti gratificano secondariamente; — che fino al 1560 cotali disposizioni eran permesse fino al decimo grado di sostituzione; — che l'ordinanza del 1560, confermata da quella del 1747, le restrinse a due gradi; — che la legge del 14 settembre 1792 le vietò assolutamente; — che il Codice civile, mantenendo in principio tal proibizione, è stato più severo della legge del 1792, dichiarando nulla insieme alla sostituzione la disposizione principale che la contiene: ma che *ha fatto una eccezione* a tal principio di nullità, facultando la sostituzione nell'art. 897 (942) in vantaggio dei nipoti del disponente, cioè in vantaggio dei figli di un donatario o legatario che sia egli stesso, o figlio, o fratello o sorella del disponente; — che finalmente la legge del 17 maggio 1826, *che aveva ampliato cotesta eccezione* è stata abrogata nei tempi della Republica colla legge degli 11 maggio 1849.

Decsi da noi qui spiegare *questa eccezione* al principio di nullità che era stato annunziata dall'art. 897 (942). e viene spiegata dai nostri art. 1048 (1003), e seguenti. — Noi studieremo prima gli articoli 1048-1050 (1003 1006) affin di conoscere quali sostituzioni sien permesse, facendo un cenno delle due leggi del 1826 e 1849 la seconda delle quali abrogò la prima, rimettendoci sotto le regole del Codice civile; — vedremo 2.° quali sieno i dritti del gravato, e dei chiamati, le cause e gli effetti dell'apertura delle sostituzioni; — 3.° i provvedimenti presi dalla legge nell'interesse dei chiamati; — 4.° infine i provvedimenti presi per gl'interessi dei terzi.

§ 1.° — *Quali sostituzioni fedecommessarie son permesse.*

1048 (1003) — I beni de' quali il padre e la madre hanno la facoltà di disporre, potranno essere da essi donati in tutto o in parte, ad uno o più de' loro figli, con atti tra vivi o d'ultima volontà, coll' obbligo di restituire questi beni ai figli nati, e da nascere nel primo grado soltanto, di essi donatari.*

1049 (1004) — In caso di morte senza figli, sarà valida la disposizione fatta dal defunto con atto tra vivi, o per testamento, a vantaggio d'uno, o più dei suoi fratelli o sorelle, di tutti o parte dei beni che non sono riservati dalla legge nella di lui eredità, con l'obbligo di restituire questi stessi beni ai figli di primo grado soltanto nati, ed a quelli da nascere, da essi fratelli o sorelle donatarie.

(1) Dijon, 9 giugno 1845; Rig., 22 giugno 1847 (Devill., 47, 1, 673).

* — Una disposizione fatta a norma degli articoli 1003 a 1006, è valida, ancorchè non siasi con-

— (1005).*

1050 (1006). — Le disposizioni permesse nei due precedenti articoli, non saranno valide, se non quando l'obbligo di restituzione sarà a vantaggio di tutti i figli del gravato, nati, o da nascere, senza eccezione, o preferenza d'età, o di sesso.**

SOMMARIO

I. *La disposizione col carico di restituire può esser fatta: 1° da un padre. 2° da un fratello.* 1° Da un padre. *Non può esserlo dall' avo: errore di Delvincourt, Duranton, ecc.*

II. Da un fratello. *È necessario che il fratello muoja senza figli; perchè. — Un figlio adottivo che resti alla morte, fa annullare la disposizione; ma non già i figli anche legittimi che rinunziano alla eredità: dissenso con Coin-Delisle. — La libertà così fatta in una donazione tra vivi, da un fratello senza figli, sarebbe rivocata per sopravvegnenza di figli: Errore di Toullier.*

III. *Senso delle parole « di primo grado » nei nostri due articoli.* Significano della prima generazione: *dissenso con Delvincourt, Duranton, ecc. — La sostituzione è permessa solo in vantaggio di* tutti *i figli.*

IV. *Leggi del 1826 e 1849.*

V. *La sostituzione fedecommessaria può combinarsi colla volgare; ma questa non deve presumersi come sotto l' ordinanza del 1747.*

I. — **206.** Una sostituzione può farsi solo in una liberalità fatta da un padre, o da una madre ad uno o più dei suoi figli, o da un fratello o da una sorella ad uno o più dei suoi fratelli o sorelle.

E necessaria nel primo caso una liberalità fatta da un padre o da una madre al suo figlio; e si è in errore quando si dice (1) essere il medesimo da una liberalità fatta da un avo al nipote. L'articolo 1048 (1003), non parla che di *padri e madri* che danno ai *loro figli*; e siccome è questa un' eccezione, non si può andare in là dai suoi termini. Del resto il Tribunato avea proposto aggiungersi alle parole « padri e madri... figli » queste altre « *ed altri ascendenti... e discendenti* » ma tale giunta non fu accolta (Fenet, XII, pag. 454); dimodocchè non può dirsi, come fa Duranton, esservi stata su ciò una *dimenticanza*. Neanco si può dire, che il cambiamento ha dovuto sembrare inutile, quando nella rubrica e nei diversi articoli del seguente capitolo, si parla di disposizioni fatte dal padre, dalla madre, e da *altri ascendenti* verso i loro figli e *discendenti*. Non si tratta dunque che del padre e della madre, come ha giudicato una recente decisione di Parigi (2).

II. — **207.** Quando la disposizione è fatta da fratelli o sorelle, bisogna che chi la fa muoja senza figli. Così colui che lascia un figlio, e che potrebbe donare o legare a tal fratello, o a qualunque altro la metà del suo patrimonio (art. 913 (829)), non potrebbe poi fare a suo fratello veruna liberalità col carico della restituzione Ciò facilmente si comprende. Le sostituzioni son guardate con nissun favore, in principio erano radicalmente nulle, e rendevano nulla la liberalità a carico di cui eran poste, — e il legislatore del 1804 ha solo consentito si ammettessero per eccezione, per un' alta considerazione morale. Così Tizio ha per unico erede un figlio sciupatore, che divenendo padrone di tutte le sostanze

ceduto al gravato l'usufrutto sua vita durante. C. S. di Napoli, 31 gennaro 1828.

* 1005. « I figli del gravato nei casi espressi nei due articoli antecedenti succederanno nei beni come sopra donati per proprio dritto, senza che il padre o la madre potessero imporvi loro alcun peso.

** — Una donazione a contemplazione di matrimonio fatta dal padre al figlio, ed ai figli maschi nascituri, chiamativi come figli e non come eredi, racchiude una sostituzione fedecommessaria, abolita dalle leggi in vigore. C. S. di Napoli, 30 settembre 1845.

(1) Delvincourt, Duranton (IX-525); Vazeille (articolo 1048 (1003), n. 3); *J. du Pal.* (*Rep.*, v. *Substit.*, tit. 2, cap. 2, sez. 1, § 4).

(2) Parigi, 20 ag. 1850; Dalloz, 51, 2, 41.

paterne non ne trasmetterà punto ai figli che lascerà morendo: la legge nello interesse dei figli nati, e dei nascituri dal figlio sciupatore, permette che Tizio dia il suo disponibile al figlio, con obbligo di conservarlo per tutta la sua vita, onde alla sua morte trasmetterlo ai proprî figli — Sempronio che non ha figli, e di cui è erede presuntivo un fratello prodigo, potrà fare similmente rispetto al fratello, affin di assicurare ai figli nati e nascituri da lui, il patrimonio che non avrebbero per la mala condotta del padre.

L'eccezione ammessa dai nostri articoli come si scorge, è solo nello interesse dei figli di colui che dovrebbe succedere *ab intestato* al disponente — Io posso donare con sostituzione ai miei figli, perchè dessi son miei eredi; posso donare similmente ai miei fratelli, quando non abbia figli, essendo dessi allora miei eredi; ma non posso così donare ai miei fratelli, se io lasci alla mia morte un figlio; dacchè questi sarebbe il mio solo erede, e la sostituzione non mirerebbe più ad aiutare le regole di successione legittima, garentendo il trasferimento dei miei beni ai figli di colui, che dev' essere mio erede. Perciò l'art. 1049 (1004) non dichiara valida la liberalità fatta ad un fratello con sostituzione, che nel *caso di morte senza figli* per parte del disponente

Essendo questo il pensiero del Codice, è forza quindi riconoscere che la disposizione di un fratello sarebbe nulla, esistendo alla morte di lui un figlio adottivo; dacchè i beni passano *ab intestato* a questi e non già al fratello donatario o legatario (1)

Indarno Coin-Delisle (n. 9) per ragio[ne] del contrario ci vien dicendo, che l'ar[ti]colo 1049 (1004) non mira al con[fe]rimento di dritti successori. Senza fal[lo] quell'art. 1049 (1004) non conferis[ce] alcun dritto successorio, ma dice, siccom[e] pur vede Coin-Delisle (n. 7), che la li-beralità fatta ad un fratello con sostituzione non è valida, che nel caso in cui *il fra*tello sia erede del disponente; ma il fratello non lo è più, se il disponente lasc[i] un figlio adottivo, avendo questi i medesimi dritti di successione che *il figlio le*gittimo (art. 350) (274). Viceversa, e checchè pur ne dica Coin-Delisle (n. 10), sembraci evidente che la disposizione sarebbe valida sebbene il disponente lasciasse uno o più figli legittimi, se questi rinunciassero alla successione; avvegnacchè allora 1° il disponente morrebbe senza figli, rispetto alla sua successione, e alla disposizione de' beni; 2° sarebbe suo erede il fratello gravato di sostituzione, cotalchè vi sarebbe il pericolo di vedere sciupare il patrimonio (al qual pericolo nel sistema dei nostri articoli deve opporsi la sostituzione) come se non esistessero affatto figli. *

208. Del resto v'è un caso in cui la liberalità fatta al fratello con sostituzione, se lo fosse per donazione tra vivi, sarebbe nulla, sebbene il disponente non lasciasse alla morte alcun figlio; il che è sì evidente, che non l'avremmo pure notato se da un grave scrittore non si fosse negato. Vogliamo dire del caso in cui *il donante*,

(1) R. de Villargue (*Rep. de Fav.*, cap. 2, sezione 2); Dalloz (n. 6); *J. du P.*, sez. 1).

* Troplong, *Donaz. e Test.*, n. 2219.

« Quel che diciamo del figlio naturale riconosciuto, l'applichiamo al figlio adottivo. Per verità l'articolo 350 (274), C. Nap. accorda al figlio adottivo sulla successione dell'adottante gli stessi dritti che avrebbe il figlio nato in matrimonio.

« Ma vuolsi notare che non si tratta punto nello articolo 1049 (2005) di regolare i dritti successorî, questo testo non fa che stabilir le condizioni di validità d'una disposizione a titolo gratuito; onde tutta la quistione è di sapere se la filiazione convenzionale e fittizia dell'adottato crei un figlio nel senso dell'art. 1049 (1005).

« Allorchè abbiamo esaminato una quistione analoga nel comentare l'art. 960 (885), la quistione se l'adozione rivocasse le donazioni fatte dall'adottante, l'abbiam risoluta contro l'adottato, e ci siamo determinati per motivi che possono invocarsi qui, cioè che l'adozione è una finzione, che procede dalla volontà dell'uomo, e che non le si possono attribuire dei dritti eccezionali i quali provengono dalla natura, dal concepimento, e dal matrimonio».

2220. « Ei non bisogna considerar come morto senza figli il disponente che lascia dei figli, i quali rinunziino alla successione, o che ne sieno privati per ragion d'indegnità. Questo punto è sì chiaro da non aver d'uopo di più ampie spiegazioni ».

enza figli al momento della donazione, ne vesse poi uno, che morrebbe innanzi a ii. Gli è manifesto che allora la donaione, non perchè contenga una sostituzione, ia perchè sia donazione fra vivi, sarebbe nnullata per la sopravvegnenza del figlio, articolo 960 (885), non potendo farla inascere la nascita posteriore di tal figlio (art. 964 (889)).

È strano che Toullier (V, 797) abbia potuto dire che la donazione sarebbe in tal caso mantenuta, e che l'articolo 1049 (1004) faccia eccezione all'art. 960 (885) per favorire le sostituzioni. Una donazione gravata di sostituzione riman valida quando fosse nulla una donazione ordinaria! Una nullità che colpisce tutte le donazioni, quelle pure fatte in favore del matrimonio, sparirebbe, *affin di favorire le sostituzioni*, le sostituzioni che sono dal Codice tanto severamente riprovate! In vero è cosa da non credersi. Ove ci mena il dimenticare la regola così semplice ed elementare, doversi cioè una proposizione sempre intendere, *secundum subiectam materiam*, guardando alla materia di cui si tratta! Non parliamo qui delle cause di revoca; e il nostro capitolo lascia intatti per fermo tutti i principî dianzi stanziati, tanto per la revoca delle donazioni (quando la sostituzione è una donazione), quanto sulla revoca dei testamenti (quando dessa è in un testamento). Quì trattiamo del caso in cui può farsi la sostituzione; e si dice, che lo si possa nella liberalità di un fratello, se l'uno non ha figli che tolgano all'altro di essergli erede. Ma certamente bisogna oltre a ciò, e innanzi tutto, che la vostra liberalità non sia nulla. — Lo stesso Duvergier nelle sue note tassa anche di errore Toullier.

III. — 209. È stato argomento di controversia, sebbene a noi sembri un punto semplicissimo, il conoscere il senso delle parole... « *nel primo grado solamente* ».

Secondo Delvincourt, queste parole potrebbero significare « nel primo grado di *sostituzione*, con un solo grado di sostituzione » per modo che la disposizione sarebbe valida per ciò solo che contenesse una volta sola l'obbligo di conservare e restituire, e che i chiamati non sarebbero tenuti a loro volta di conservare per altri, qual che si fosse d'altronde il grado di parentela di essi chiamati. Così il padre potrebbe donare al figlio, o il fratello al fratello col carico di restituire o ai figli, o se gli piacesse meglio, ai nipoti del donatario.

Tutti gli altri scrittori non adottano cotal dottrina, riconoscendo di trattarsi nei due articoli del grado di *parentela*; ma si dividono in due schiere. Secondo gli uni, quelle parole significherebbero « nel grado più prossimo (in fatto); » cotalchè se il donatario non avesse più figli, ma solamente nipoti, il carico di restituire potrebbe stabilirsi in vantaggio dei nipoti (pronipoti del disponente). Gli altri, per lo incontro, insegnano che quelle parole indichino il primo grado di generazione, la qual dottrina noi affermiamo essere la sola vera (1).

210. È manifesto dapprima, che si tratta del grado di parentela, e non di quello di sostituzione: ciò è abbastanza provato dallo spirito, e dal testo dei nostri articoli. Che le ordinanze del 1560 e del 1547 abbiano parlato di gradi di sostituzione, era ben naturale, dacchè esse eran fatte appunto per istabilire i limiti delle sostituzioni graduali, permesse prima senza alcuna determinazione (avvegnacchè non un testo di legge, ma solo la dottrina li arrestasse al decimo grado o dopo i cento anni); ma il Codice per l'opposito vieta severamente in principio tutte le sostituzioni, non permettendole, per eccezione, che in un caso speciale, in cui indica una sola classe, un solo ordine di chiamati, e quindi emerge chiaro esservi perciò stesso un sol grado di sostituzione, senzacchè si fosse dovuto spiegare altrimenti. Così lo spirito del Codice dinota non potere essere che

(1) Toullier (X-726); Coin-Delisle (n. 4); *J. du Pal.* (*Rép.*, sez. 1); — contra: Maleville (art. 1051 (1007); Grenier (n. 809); Duranton (IX-526); Vazeille (art. 1048 (1003), n. 4).

gradi di parentela; ma il suo testo, il luogo occupato dalle parole surriferite non lo chiariscono ancora abbastanza? I due articoli ripetono l' un dopo l' altro: « con obbligo di restituire *ai figli nati e da nascere, nel primo grado di detti donatarii:* » non è egli palpabile che si tratti di figli che nascono nel primo grado, e non già di una sostituzione nel primo grado?

E dacchè trattasi di figli *che nascono in primo grado*, così il primo grado di generazione, e non già il grado (primo secondo o terzo) sarebbe il più prossimo in fatto, nè di presente preceduto da vesun altro, dimodochè basterebbe il testo dei nostri articoli, perchè si rigetti la seconda opinione. E come può dubitarsene in faccia all'articolo 1051 (1007), il quale non permette la rappresentazione ai figli del secondo grado, se non che in concorrenza dei figli del primo? Se le considerazioni dei compilatori che valsero a far stabilire la sostituzione in vantaggio dei figli miravano altresì a favorire i nipoti del gravato, se si fosse voluto che in difetto di figli potessero essere chiamati i nipoti, sarebbe stato loro certamente lasciato il dritto di rappresentazione, dove premorissero tutti i figli del primo grado?

Il Codice, stabilita per principio una severa proibizione, ha voluto ammettere una eccezione per quanto ristretta fosse possibile; e dalle discussioni del Consiglio ben sorge con quanta avversione siasi ammessa tale eccezione, benchè così ristretta.

211. Notiamo infine, che l'obbligo di restituire non può mai versare che sopra i beni disponibili (art. 1048, 1049 (1003, 1004)), e che dev'essere in vantaggio di tutti i figli del gravato indistintamente (art. 1050 (1006)).—Se dunque l'obbligo fosse dato in vantaggio del primogenito solo, o dei figli maschi, o soltanto dei figli già nati, sarebbe nulla la sostituzione, e trarrebbe nella nullità la disposizione principale.

IV.—**212.** Nel 1826 il governo della Ristorazione, ben comprendendo, come nel 1806 lo comprese Napoleone, che una monarchia è solo durevole quando sia circ data d'istituzioni aristocratiche, che il pri cipio di eguaglianza (e quindi di divisio del suolo) scritto nella nostra legge su cessoria, renda vieppiù sempre democr tico il paese, e conferisca forzatamente fare della monarchia costituzionale, passaggio dalla pura monarchia alla ver aristocrazia (quasi ciò fosse possibile! ad arrestare il corso delle cose e delle idee, proponeva il famoso progetto di legge sul dritto di primogenitura. Il qual progetto, avversato dalla pubblica opinione, fu per rigettato dai Corpi legislativi, ma ciò non di manco uno dei suoi articoli relativo alle sostituzioni venne adottato, e promulgato il 17 maggio. Esso era così concepito:

« I beni di cui è permesso disporre giusta gli art. 913, 915 e 916 (829, 831, 832) del Codice civile potranno esser donati in tutto o in parte per atto tra vivi o per testamento con obbligo di restituirli ad uno, o più figli del donatario nati o da nascere, fino al duodecimo grado inclusivamente ».

Cotesta disposizione recava quattro cambiamenti al Codice. 1. la liberalità gravata di sostituzione, che poteva esser solo fatta dal padre del donatario, o dal suo fratello senza figli, potè esserlo da chiunque (e quindi da un fratello con figli, come da altra qualunque persona): 2. mentre l'obbligo di restituire non poteva esser dato che in vantaggio di tutti insieme i figli del donatario, potè esserlo in vantaggio di tutti o di alcuni o di un solo, a libito del disponente: 3. mentre poteva solo essere in vantaggio dei suoi figli della prima generazione, potè esserlo per uno o più dei suoi *discendenti* di qualsiasi grado: 4. da ultimo, mentre prima poteva essere una sola volta, potè essere graduale, fatta a due gradi, cotalchè ciascun chiamato dopo avere raccolto dal gravato, fosse egli medesimo gravato a sua volta in vantaggio di altri chiamati.

Cotal legge contraria evidentemente agl'istinti della nazione, e che pur fu mantenuta dopo la rivoluzione del 1830, non poteva durare ancora dopo quella del 1848.

Tutti essa fu abrogata dalla legge degli 1 maggio 1849, la quale dopo colpiti i maggioraschi, come noi vedemmo sotto lo art. 896 (941 M), termina coi seguenti due articoli:

« Art. 8.—8. La legge del 17 maggio 1826 intorno alle sostituzioni è abrogata.

» Art. 9.—Le sostituzioni già stabilite son mantenute in vantaggio di tutti i chiamati, nati, o concepiti al tempo della promulgazione della presente legge.

» Quando una sostituzione sarà raccolta da uno o più dei chiamati di cui si è parlato, essa vantaggerà a tutti gli altri chiamati dello stesso grado, o ai loro rappresentanti in qualsiasi tempo fosse cominciata la loro esistenza ».

213.—Secondo questi articoli, cessata la legge del 1826, noi siamo tornati sotto l' impero del Codice civile; perchè sia valido l'obbligo di restituire una cosa donata è d' uopo venga imposto da un disponente che sia il padre o la madre del donatario, o il fratello o la sorella morti senza figli, e che concerna tutti i figli del donatario. Qualunque altra sostituzione non potrebbe venir fatta in avvenire.

Quanto a quelle precedentemente fatte senza queste condizioni, e in forza della legge del 1826, fa d'uopo distinguere: se alcun chiamato non fosse ancor nato, o concepito nel giorno che la novella legge veniva pubblicata, la cosa immediatamente è diventata libera, od alienabile nelle mani del donatario. Se poi uno o più dei chiamati fossero già concepiti, la sostituzione avrà il suo effetto per essi tutti, qualunque sia il loro grado di sostituzione (ovvero pei loro rappresentanti); il quale effetto si estenderà pure ad ogni chiamato concepito dopo, che sia nello stesso grado di sostituzione del chiamato concepito (ed anche al suo rappresentante). Ma i chiamati non concepiti, il cui grado di sostituzione è più lontano di quello del chiamato concepito, non avranno mai alcun dritto, e l'obbligo di restituire è come non avvenuto per essi.

Così supponiamo che Paolo abbia raccolto nel 1840 alcuni beni legatigli da un suo amico, coll'obbligo di restituirli ai due primogeniti dei suoi figli. Se Paolo al tempo che si pubblicava la legge non avesse alcun figlio nato, nè concepito, immediatamente verrebbe meno l' obbligo di restituire. Se ne avesse uno, riman l'obbligo di restituire non solo in vantaggio del figlio, ma anche del secondo figlio che potrà sopravvenirgli da lì a pochi anni. Similmente se il legato è stato fatto coll' obbligo di restituire solamente al figlio primogenito, il quale dovesse a sua volta restituire a tutti i nipoti di Paolo, e quando si pubblicava la legge, quest'ultimo avesse già un nipote concepito, esisterà l'obbligo di restituire non solo per Paolo in vantaggio del suo figlio, e per questi in vantaggio del nipote, ma eziandio in vantaggio di tutti gli altri nipoti, essendo un chiamato del grado loro concepito al tempo della pubblicazione. Ma se in questo medesimo caso non fosse per anco concepito alcun nipote al tempo della pubblicazione, non avrebbero alcun dritto i nipoti concepiti appresso; e l'obbligo di restituire continuato per Paolo verso il suo figlio primogenito, cesserebbe per questi verso i suoi figli e nipoti.

Ciò compreso, torniamo alla spiegazione delle disposizioni del Codice.

V.—214. La sostituzione fedecommessaria può essere accompagnata da quella volgare. Così io posso, legando i miei beni a mio fratello coll'obbligo di restituirli tutti all'unico suo figlio, aggiungere, che se mio fratello non raccogliesse il legato, suo figlio sarebbe in suo luogo il diretto legatario.

È questa una disposizione permessa dappertutto, e sempre dallo articolo 898 (936).

Ma se questa sostituzione volgare deve sortire il suo effetto quando è formalmente scritta nella disposizione, è manifesto, checchè se ne sia detto (1), che non può

(1) R. de Villargue (n. 388); Duranton (n. 601-602); *J. du Pal.* (cap. 1, sez. 5).

andar più sottintesa, nè presumersi di pieno dritto nella disposizione che chiaramente non la contiene. Che l'ordinanza del 1747, quando le sostituzioni erano assolutamente permesse, e radicate nei costumi, abbia stanziato in principio (secondo il probabile pensiero dei disponenti), che quando fosse caduca la istituzione, il sostituto chiamato dopo quello che non raccoglie, prenderebbe il luogo di costui: che a favorirla si sieno abbandonati i principî romani nei quali, secondo bene osservava Furgole (sopra l'art. 27, § 2.°), la caducità della istituzione traesse quella necessariamente della sostituzione, ben si comprende.

Ma oggi che le sostituzioni son tollerate, ammesse per eccezione, non può darsi più luogo a tal favore, ed è forza riconoscere che quando un gravato non raccogliesse, verrebbe meno la sostituzione. Caduto il legato, deve pur cadere la sostituzione che conteneva, e che esisteva in essa e per essa.

215. Del resto non si potrebbe dire oggi che l'istituito o il sostituto, non abbia raccolto, quando sia sopravvissuto all'apertura del dritto, e sia morto poi senza avere accettato. Già tempo, non bastava che l'istituito (o il primo sostituto a sua volta) fosse vivo o capace al tempo dell'apertura del dritto, purchè egli avesse raccolto; bisognava che avesse accettato, e espressamente, o con qualche atto dichiarante la sua volontà; e se morisse innanzi di avere accettato, non raccolto, non sarebbe divenuto proprietario (Ord. 1747, art. 36). Oggi non potrebbe esser così.

Dichiarando l'art. 711 (632) che la proprietà trasmettesi nello stesso momento per donazione o testamento, l'istituito o il sostituto sarà proprietario, e avrà raccolto sin dal giorno in cui si apre il dritto, siccome viene insegnato da Grenier (numero 377 e Coin-Delisle.

1051 (1007 M). — Se nel caso sopra espresso, il gravato di restituzione a favore dei suoi figli, muore lasciando figli del primo grado, e discendenti di un figlio premorto, questi ultimi percepiranno, per diritto di rappresentazione, la porzione spettante al figlio predefunto.*

216. Quando un gravato che ha più figli, p. e. due, e discendenti da ognuno di loro, abbia perduto uno dei suoi figli, siccome l'obbligo di restituire esiste sempre in vantaggio del superstite, non v'ha inconveniente, che insieme a lui ne vantaggino i discendenti dell'altro, in qualunque grado essi sieno. Al contrario ciò importa mantenere la uguaglianza fra i due rami dei discendenti, impedire la trasmissione di tutti i beni in un solo, escludendone l'altro, ravvicinare per quanto è possibile alla successione ordinaria questa specie di successione contraria al comun dritto, e mostrarsi conseguente con la regola, che permette la sostituzione solo in vantaggio di tutti i figli, e non di alcuni di essi.

Dippiù la rappresentazione è ammessa per tal caso. Ma quando i due figli premuojono, l'uno o l'altro, la sostituzione allora è estinta, e i beni rientrano in commercio; cotalchè dare allora ai discendenti posteriori il dritto di rappresentazione, sarebbe stato il medesimo che far rinascere una sostituzione caduta, e protrarla oltre il tempo ch' essa dovea durare. Dippiù la rappresentazione è allora rigettata.

1052 (1008). — Se il figlio, fratello, o sorella, a cui fossero stati donati beni con atto tra vivi, senz' obbligo di restituzione, accettano una nuova liberalità fatta con atto tra vivi o per testamento, sotto condizione che i beni precedentemente donati

* — Il corrispondente art. 1007 delle leggi civili è così concepito:

« Le sostituzioni anzidette non potranno oltrepassare il primo grado. Nondimeno i discendenti del chiamato predefunto hanno il diritto di prendere la porzione del loro ascendente per diritto di rappresentazione, quando anche esistessero altri figli del primo grado. C. 644, 660, 667.

sarranno gravati di questa obbligazione, non è più loro permesso di dividere le due disposizioni fatte a loro favore, e di rinunciare alla seconda per attenersi alla prima, quand' anche essi offrissero la restituzione dei beni compresi nella seconda disposizione.

217. Quando alcuno abbia prima legato senz' obbligo di restituire, beni, che poi vuol gravare di tale obbligo, egli di leggeri potrà rivocare il primo testamento con un secondo in cui la stessa liberalità sarà fatta con quell' obbligo. Ma quando la prima liberalità è stata fatta con una donazione fra vivi, il grande principio della irrevocabilità delle donazioni, non permette che si torni sull'intendimento, e la intenzione della disposizione che è stata fatta; e il donante non avrebbe potuto immediatamente gravare quei beni, se la legge non glielo permettesse colla formale disposizione del nostro articolo.

Come si scorge egli il potrà mercè una nuova donazione fra vivi, o per testamento (e solo con tal mezzo, essendo tutto di stretto dritto, e di rigore in materia di sostituzione). Per quanto sia tenue la seconda liberalità, e quando pure la condizione di restituire non si riferisca ad essa, tal condizione sortirà il suo effetto, non essendo agevole al donatario di spacciarsi di tal peso, neppure abbandonando i beni che ne sono stati il prezzo: siamo liberi sempre di non obbligarci, ma non già di rivenire immediatamente da un' obbligazione a cui legalmente ci siamo sottoposti.

218. Toullier (n. 732) e Grenier (numero 364) vanno più in là, pretendendo, che se quegli che accetta le due successive liberalità è erede legittimario del donante, l' obbligo di restituire sarà irrevocabile per tutti i beni che ne son gravati, quand' anche dessi fossero a riserva del donatario—Lo erede secondo essi, ha il dritto di rinunciare alla riserva.

Non si vede abbastanza chiaro, perchè i due scrittori sviluppino quest' idea, solo in occasione di una seconda liberalità che riporti l' obbligo di restituire sopra una liberalità precedentemente fatta. Certo, se la loro dottrina è vera, deve medesimamente applicarsi alla liberalità unica, fatta sotto l' obbligo di restituire; e questo infine pretende Toullier. Se non che tal dottrina è falsa nella sua generalità, e per le sostituzioni poste nelle donazioni fra vivi. Infatti essendo la riserva la stessa successione, l' accettazione per parte del legittimario della condizione di cui è discorso, sarebbe dunque in una donazione fra vivi una rinunzia ad una successione non aperta, un patto sopra tal successione; or l'art. 1130 (1084) positivamente dichiara che tutto ciò è nullo. Sarebbe altrimenti in caso di testamento; perchè quando si accetta il legato, la successione è aperta, dimodocchè l'erede può rinunziare la sua riserva, e sottomettersi a quelle obbligazioni che meglio a lui piacciono.

219. Ben si comprende che l' obbligo di restituire imposto così immediatamente ad una precedente donazione, non potrebbe per nulla pregiudicare ai dritti che avrebbe acquistato sopra i beni quando erano liberi presso il donatario.

§ 2.—*Dritti del gravato e dei chiamati. Apertura delle sostituzioni.*

1053 (1009). — I diritti dei chiamati saranno esercibili al tempo in cui per qualsivoglia causa, cesserà il godimento dei beni per parte del figlio del fratello, o della sorella gravati di sostituzione: l'abbandono anticipato del godimento de beni in favore dei chiamati, non potrà pregiudicare ai creditori del gravato anteriori all'abbandono.

SOMMARIO

I. Dritti del gravato e dei chiamati innanzi la apertura. — Diverse quistioni.
II. Continuazione.
III. Cause di apertura, ve ne sono quattro. Si indicano le due prime: morte del gravato; — decadenza per essersi mancato a nominare il tutore.
IV. Terza causa: abbandono anticipato del gravato. Quando tale abbandono può farsi per la stessa proprietà, e in modo diffinitivo?
V. Quarta causa: scadenza del termine indicato. Osservazione.
VI. L'abuso del godimento del gravato non è causa di apertura. Dissenso con Toullier, Delvincourt, Duranton, ecc.
VII. Non vi ha neanco causa di apertura [illegible] revoca, della liberalità per inadempimento o ingratitudine. — Risultamenti di [illegible] voca. — Censura della dottrina di C[illegible] Delisle, e di quella di Duranton.
VIII. Non vi ha infine causa di apertura [illegible] il gravato si nega ad accettare la li[illegible]ralità. Confutazione della dottrina [illegible] Coin-Delisle.
IX. Dritti dei creditori del gravato; e dei [illegible] acquirenti nel caso di anticipata rest[illegible]zione.
X. Come finiscono le sostituzioni.

I. — **220.** Quest'articolo è così laconico, ed ambiguo, che è cosa veramente strana. — I dritti dei chiamati, esso dice, si apriranno quando cesserà il godimento del gravato. Ma il dritto del gravato è dunque un dritto di godimento? Quali cause poi lo faran cessare? Il Codice non va troppo in là, e non usa che inesatte espressioni, dicendo che qualunque cessare del godimento del gravato aprirà i dritti dei chiamati? Quali saranno i dritti di costoro, o all' aprirsi della sostituzione, o prima? Qualunque dritto che hanno i chiamati innanzi l'apertura della sostituzione, è indipendente dal mutar di volontà del disponente, e del gravato?

Cotali quistioni, ed altre che vi si rannodano debbono essere qui esaminate, e vedremo ben tosto che il testo del nostro articolo ci servirà pochissimo nella loro soluzione.

Il donatario o legatario, sebbene sia incaricato di restituire ai sostituti i beni che ha ricevuto, ne è sempre il proprietario; non ne ha semplicemente il *godimento*, ma il *dominium*; non si è a lui attribuito l' usufrutto, e la nuda proprietà ai chiamati; si è conferita all'uno una piena proprietà che passerà dopo lui agli altri; se non che per ciò stesso che il gravato è incaricato di restituire, e non ne è proprietario che per un determinato tempo, la proprietà è quindi risolubile nelle sue mani. Di chi dunque sarebbe la proprietà se non fosse del gravato? Non certo dei chiamati, giacchè spesso essi non sono ancora concepiti, e la proprietà non può esser mai sospesa, dovendo sempre riposare su qualche persona. Quindi è proprietà, ma rivocabile, ed è questo il dritto del gravato.

Essendo il gravato proprietario, a lui solo spetterebbe quindi il tesoro che troverebbe in uno dei fondi della sostituzione; ne avrebbe una metà come colui che l'ha trovato, e l'altra metà come proprietario della cosa che nascondeva il tesoro (art. 716 (636 M)). — Essendo proprietario potrebbe bene ipotecare, o alienare i beni i quali potrebbero esser sequestrati e venduti dai suoi creditori (1); ma essendo risolubile la sua proprietà, ne deriva che avveratasi la risoluzione verranno meno, come se mai non fossero esistite, le ipoteche, alienazioni, e concessioni di dritti reali. — Per fermo il gravato che ha solo il godimento dei beni, deve far tutte le spese che si riguardano come carico dei frutti, specialmente le riparazioni di manutenzione;

(1) La Corte di Parigi che avea prima frainteso questi principî con una decisione del 12 genn. 1847 gli ha ora consacrati con una più recente del 23 lug. 1850. — Lo sono stati del pari dalla Corte suprema il 5 mag. 1830 (Dev., 30, 1, 162; 47, 2, 82, 50, 2, 459.)

le grosse riparazioni, e tutti gli altri chi della proprietà (siccome la pro-tà sebbene di presente gli appartenga ransitoria e per un tempo determinato, nno non a carico personale del gra-o, ma a carico della sostituzione), degli si beni, il cui valore sarà di altrettanto inuito: così si prenderà la somma ne-saria o dai capitali che posson trovarsi i beni sostituiti, o dalla vendita di una rte di essi beni (Toullier, n. 775, Coin-lisle, n. 28); *J. du Palais*, sez. 7.)

221. Il dritto dei chiamati finchè non è aperta la sostituzione, restringesi ad na semplice speranza; ma tale speranza, conservar la quale si è tanto badato alla stessa legge come vedremo più in-anzi, autorizza i chiamati, o quelli che an cura dei loro interessi, a prendere tutti provvedimenti che senza nuocere al dritto el gravato, possono render certa la ef-ettuazione del dritto dei chiamati.—E per ermo il chiamato può trasferire tale spe-ranza ad altri che metterà in suo luogo.

Ma basta tale speranza che (anche pri-na che il chiamato sia concepito) noi vediamo nascere e proteggersi dalla legge; perchè il donante non possa con una for-nale convenzione fatta col suo donatario ar venir meno immediatamente l'obbligo li sostituire?

Noi non parliamo del caso di testamento, poichè allora è un progetto, che il suo autore può cancellare, o modificare fino agli ultimi momenti di sua vita; ma il punto è delicato quando si tratta di do-nazione fra vivi. Delvincourt e Vazeille (n. 5) opinano che l'obbligo di restituire può sempre esser soppresso finchè uno dei chiamati non abbia manifestato che voglia giovarsi del beneficio, mentre l'ar-tic. 1121 (1075) (il quale permette che s'imponga un carico in pro di un terzo, quando sia condizione di una donazione che si fa ad altri), rende irrevocabile tale obbligo, quando il terzo abbia dichiarato volerne profittare. Arroge che se era altrimenti sotto l'ordinanza (art. 11), quando le sostituzioni eran favoreggiate, ben si com-prende; ma oggidì che sono in principio proibite, e permesse solo per eccezione, non si dovea rinnovare per esse la beni-gna disposizione dell'ordinanza; e non es-sendo nel Codice cotal disposizione, è forza sottomettersi al principio dell'artic. 1121 (1075). Altri, per l'opposito, insegnano, che accettatosi dal gravato la donazione, l'obbligo non può essere più rivocato, anche col concorso delle volontà del do-nante e del donatario (1). Noi adottiamo quest'ultima sentenza fondandoci sul mo-tivo di Coin-Delisle che ci sembra deci-sivo: la donazione col carico di restituire contiene due donazioni, una per il gra-vato, l'altra per i chiamati: il che è tanto vero, che i sostituiti, allorchè raccoglie-ranno, riceveranno non già dal gravato, ma dal disponente. *non a gravato, sed a gravante*, saran donatari di quest'ultimo come da tutti si riconosce. Ma essendovi un'altra donazione nella prima, nè potendo una donazione sussistere che coll'accetta-zione del donatario (art. 932 (856)), ne emerge che se la legge riconoscesse va-lida quest'altra donazione, ciò avviene per-chè essa la vede accettata dai sostituti coll'accettazione del gravato. Imperochè la regola di dritto comune stanziata nell'ar-tic. 935 (859), secondo cui gli ascendenti possono accettare pei loro discendenti in-capaci, e che parla solo dei discendenti già nati (dacchè il dritto comune permette solo di donare a questi), è implicitamente, ma forzatamente estesa ai discendenti na-sciturì, nei casì eccezionali in cui è con-ceduto di donar loro. Ciò posto, il carico di restituire il beneficio della sostituzione è stato accettato dal terzo, il sostituito; il quale per mezzo del suo rappresentante legale ha dichiarato volerne profittare, e quindi quel carico è irrevocabile secondo la stessa regola dell'art. 1121 (1075).

II.—222. Innanzi di venire alle cause di apertura della sostituzione, cioè alle cause

(1) Toullier (V-793) Rolland de Villargue (*Rep.*, cap. 2, sez. 2) Dalloz (sez. 2. art. 7) Coin-Delisle, (art. 1048 (1003), n. 44).

che debbono tramutare la speranza dei chiamati in una proprietà presente dei beni, esaminiamo qualche quistione che potrà spesso nascere dal coesistere della proprietà presente del gravato, e della speranza dei chiamati.

Abbiamo veduto che il gravato può bene ipotecare o alienare i beni, salvo l'evento della risoluzione, che effettuandosi revocherà tutte le concessioni fatte; ma questi beni potrebbero alle volte essere irrevocabilmente ipotecati o alienati? Noi crediamo di sì.—Così primieramente nel caso che fossevi assoluta necessità (per poter fare grosse riparazioni o pagare i debiti lasciati dal disponente col carico della sostituzione) sembra certo che sarebbe permesso procurarsi i capitali abbisognevoli o con una parziale alienazione, o con un mutuo, con ipoteca, e che il gravato potrebbe legalmente ciò ottenere, col fare intervenire il tutore alla sostituzione (art. 1055, 1056 (1011, 1012)); e seguendo le forme richieste per la ipoteca o l'alienazione dei beni dei minori (art. 457 (380) e seguenti, 2126 (2012).

Noi pure opiniamo, che oltre a questo caso di alienazione giudiziaria, i beni gravati potrebbero vendersi all'amichevole, e per qualsivoglia causa, se i chiamati fossero maggiori e capaci, e tutti consenzienti.—Ma perchè l'acquirente non avesse alcun timore, bisognerebbe non esservi più chiamati a nascere; perocchè se un solo ne sopravvenisse, l'alienazione sarebbe nulla rispetto a lui; e dove avvenisse che gli altri chiamati morissero innanzi al gravato, e solo gli sopravvivesse il nuovo sostituto, egli solo raccoglierebbe tutti i beni, e la vendita sarebbe interamente nulla.

223. Punto pur delicato si è il conoscere se si possa mai transigere pei beni gravati di restituzione. Noi crediamo insieme agli scrittori, che una tal transazione dovrebbe esser mantenuta, se si fossero seguite le forme cotanto rigorose volute dall'articolo 467 (390) per le transazioni fatte in nome dei minori, non p[o]tendo la legge essere più severa pei be[ni] gravati di sostituzione che per quelli d[ei] minori o degl'interdetti.

224. L'ultima quistione di cui non possiamo fare a meno di parlare, si è quell[a] di conoscere qual sarà, rispetto ai chiamati, l'effetto delle prescrizioni che saranno corse in vantaggio del gravato, o contro di lui innanzi l'apertura della sostituzione.

Così, se un podere che appartiene alla sostituzione, trovasi alla morte del gravato posseduto da molti anni da un terzo a titolo di proprietario, saranno tenuti i *chiamati* a rispettare gli effetti di tal possesso e sarà corsa contro di loro la prescri*zione*? Tal quistione era un tempo molto controversa, e lo è pure oggi (1).

Per la negativa si dice, che i chiamati non han potuto interrompere la *prescrizione* (massime quando non fossero per anco nati), e che quindi sono protetti dal principio ***contra non valentem agere non currit praescriptio***. Ma ciò se era un tempo vero, è falso in oggi, che i chiamati son rappresentati da un tutore specialmente incaricato a conservare i lor dritti.—Arroge, che la prescrizione non corre contro i beni inalienabili. Ciò è vero pei beni che sono del tutto inalienabili, nè sono capaci di essere in commercio, come le cose che dipendono dal pubblico demanio (una piazza di guerra, un fiume); ma è falso per quei beni che possono alienarsi in certi casi, e sotto certe condizioni. Per modo d'esempio, possono certamente prescriversi le foreste dello *Stato*; *e la* imprescrittibilità dei beni dei *minori*, e di quelli dotali, deriva unicamente da una speciale disposizione che conferisce loro questa eccezionale qualità (art. 2252, 2255 (2158, 2161)).

Invocasi l'art. 2257 (2163) il quale dichiara, che la prescrizione di un credito condizionale può incominciare dopo lo avveramento della condizione; or dicesi, il sostituto avea un dritto dipendente dalla con-

(1) *Neg.* Delvincourt, Grenier (n. 383), Vazeille (*Prescr.*, n. 303) Coin-Delisle (art. 1048 (1003), n. 31); *Aff.* Duranton (IV-610); Dalloz (sez. 2, art. 5); J. du Palais (sez. 7).

dizione, *se il gravato premuore*. Ma così si applica il più male che si può l'articolo 2257 (2163). Il terzo detentore non pretende aver prescritto un credito, ma sì la proprietà dell'immobile da lui conceduto.

Questa regola dell'art. 2254 (2160) non può applicarsi che fra un *creditore* e il suo *debitore;* così, il gravato (o dopo lui il suo erede, o il legatario universale) pretendesi, rispetto ai sostituiti, diventato proprietario irrevocabile, e liberato dall'obbligo della restituzione per avere posseduto da più di trent'anni i beni senza che alcuno gliene abbia richiesto la restituzione; sarebbe questo il caso dell'art. 2257 (2163), il caso di quella regola di dritto e di ragione, che il debitore non può dirsi liberato del suo obbligo sotto il pretesto che per trent'anni non gliene sia stata richiesta la esecuzione, mentre questa non poteva domandarsi, dipendendo l'obbligo da una condizione che non era avverata. Ma lo invocare tal regola contro un terzo detentore dei beni vale il medesimo che falsare le più semplici nozioni di dritto.— Dicesi infine che la trascrizione (art. 1069 (1025)) ha fatto conoscere o agli acquirenti, o agli usurpatori che i beni non appartenessero pienamente al gravato, e che i sostituiti vi avessero un dritto eventuale. Che cosa da ciò inferirne? Che il detentore sia di mala fede? Ma dapprima la buona fede non è necessaria per prescrivere; non ostante la mala fede si prescrive con trent'anni (art. 2262 (2168)).

D'altra parte, la buona fede è un fatto che potrebbe esistere non ostante la trascrizione; un acquirente può imprudentemente aver fidanza nel suo venditore, e non consultare i registri del conservatore.

I sostituiti rimangono quindi sotto l'impero dell'art. 2251 (2157) il quale dichiara che la prescrizione corre contro tutte le persone, purchè non abbiano a lor favore qualche eccezione stabilita da una legge. Per loro non altro può dirsi che essendo stati chiamati ai beni fin dal principio sotto una condizione che s'è finalmente avverata, possono venir riguardati come se fossero stati proprietari sin d'allora, cotalchè la prescrizione non sarà corsa durante la loro minore età (articolo 2252 (2158)).

Per l'opposito, quando la prescrizione correrà in vantaggio del gravato, il beneficio sarà personale a lui, o gioverà anche alla sostituzione, ai chiamati? La soluzione dipenderà certamente dalle circostanze. —Non può esser dubbio per la prescrizione mercè la quale vuol liberarsi: se il gravato ha veduto venir meno una servitù che gravava sopra uno degl'immobili della sostituzione, se ha prescritto uno dei debiti, la prescrizione giova alla sostituzione, ai chiamati, e non già alla eredità del gravato. Ma per la prescrizione per cui si vuole acquistare un dritto, il gravato in generale avrà fatto il suo proprio e personale affare, tranne il caso che non si chiarirà da qualche circostanza che egli abbia agito nello interesse, e per conto della sostituzione, come, per modo d'esempio, se si trattasse d'un possesso incominciato nella persona del disponente, e che è stato continuato dal gravato.

III.—225. Vediamo ora quali sono le cose che possono mutare la speranza dei chiamati in una proprietà presente dei beni. Si son presentate sino a sette cause di apertura di sostituzioni. Ma noi vedremo che tre di tali pretese cause sono inammissibili; e che ve n'ha quattro, due delle quali sono ormai transitorie, nè possono essere applicate che alle sostituzioni fatte innanzi la legge del 1849.

Bisogna primieramente ammettere, tanto per le sostituzioni future, che per le antiche: 1. la morte naturale o civile del gravato, poichè rompe necessariamente il suo dritto, 2. il suo decadimento per non essersi nominato un tutore alla sostituzione (art. 1057 (1013)).

IV.—226. Una terza causa di apertura applicabile solo alle sostituzioni fatte sotto la legge del 1826 si è l'abdicazione del gravato, l'abbandono volontario dei suoi dritti fatto durante la sua vita a quelli che li avrebbero dovuto raccogliere alla sua morte.

Ben si comprende che l'abbandono del gravato può avere per obbietto o il godimento soltanto dei beni, o la loro proprietà. — Finchè fosse il semplice godimento, il gravato potrebbe farne lo abbandono in quel tempo. per quelle sostituzioni, e a quelle persone che vorrebbe; essendo pienamente libero, durante la sua vita, di disporre a suo libito delle rendite; ma l' abbandono che ei farebbe di tal godimento ai chiamati, non sarebbe un caso di apertura della sostituzione, rimanendogli sempre la proprietà dei beni. Noi dunque vogliamo qui parlare dell'abbandono della proprietà, cioè, se il gravato possa vivendo rilasciare ai chiamati la proprietà dei beni che dovea loro trasmettere alla sua morte.

Non è dubbio, quando si ha la certezza che tutti i chiamati sieno da ora viventi: così quando la sostituzione fatta dal 1826 al 1849, invece di vantaggiare tutti i figli del gravato, si faccia ad uno o a parecchi di loro, per modo d'esempio, al primogenito, siccome allora non dee più nascere alcun sostituito, il gravato non è affatto impedito di fare immediatamente la restituzione che ei potrebbe ritardare sino alla sua morte. Ma facendosi la sostituzione in vantaggio di tutti i figli del gravato, può costui fare similmente un abbandono definitivo ai suoi figli esistenti, non ostante che possano sopravvenirne altri, o morire alcuno di quelli, innanzi la morte del gravato?

Senza fallo, egli può far loro un abbandono provvisorio e condizionale, rilasciare tutti i beni ai tre figli oggi viventi, purchè se ne esistesse un quarto alla sua morte, tutti e quattro si dividessero in eguali porzioni i beni ricevuti dai tre primi. Se uno dei tre morisse innanzi a lui gravato, senza lasciar prole che lo rappresenti (articolo 1051 (1007)), gli altri due prenderebbero il terzo che aveva il predefunto, non avendo potuto quest'ultimo trasmetterlo ai suoi eredi, donatari, o legatari; se tutti e tre morissero innanzi a lui gravato senza prole, tutti i beni tornerebbero a lui, non potendo passare ai loro rappresentanti; mentre questi beni non sarebbero mai appartenuti ai tre chiamati, avvegnacchè non potessero loro irrevocabilmente appartenere, che dove sopravvivessero al gravato.

Ma, come si scorge, questo abbandono de' beni non sarebbe neppure un'apertura definitiva della sostituzione, la quale dipende sempre in tale ipotesi dallo stato della famiglia alla morte del gravato, e si effettua realmente per la morte.

227. Così può farsi sempre l'abbandono del semplice godimento, come anche l'abbandono puramente provvisorio e condizionale della proprietà; ma si può fare similmente la dimessione diffinitiva di tal proprietà? Gli è pur certo che non può assolutamente farsi; non potendosi anticipatamente pregiudicare i dritti dei figli che nascerebbero appresso; e quelli nati dopo il rilascio, e vivi alla morte del gravato sconcerterebbero certamente i calcoli fatti. Ma non potrebbe almeno la restituzione esser diffinitiva fra il gravato e i chiamati adesso viventi, e per essi chiamati fra loro?

Il più degli scrittori rispondono del sì. Secondo il loro avviso, il rilascio che non si sarebbe dichiarato provvisorio nell'atto, sarà diffinitivo, tranne solamente in ciò che concerne i figli che nascerebbero. Così, giusta tale dottrina, ciascuno dei due chiamati che abbia ricevuto i beni, sarà rispetto all' altro e del gravato, proprietario irrevocabile della sua porzione, potrà quindi nei loro rapporti, salvo la nascita di novelli chiamati, disporne a sua posta, venderla, donarla, legarla; se muoja prima del gravato, la parte toccatagli non apparterrà certamente al sostituto sopravvivente, ma agli eredi o legatari del defunto. Se poi nasca un novello sostituito (il quale alla morte del gravato ha dritto alla metà dei beni, dacchè rispetto a lui l'abbandono anticipato si reputerà non avvenuto) avrà la sua metà, la quale non sarà presa da quella lasciata dal sostituto predefunto, ma in parte su quella appartenente ai rappresentanti di quest'ultimo, ed in parte sull'altra del chiamato sopravvivente insieme a lui. Per tal modo, quello dei chiamati cui l'abbandono fu fatto, avrà un

ıarto invece della metà che gli sarebbe ccata in definitivo, e l'altro lascerebbe ai ıoi rappresentanti altrettanto. benchè non rebbe dovuto loro appartenere. In breve, ıbbandono sarà come non fatto per i chiaıati non nati, o non accettanti, sarà inece definitivo per quelli che l'abbiano conenuto. Gli scrittori spiegano ciò col consierare che chiamati e gravato possono a ɪor talento formare fra essi un contratto ıleatorio, esporsi ai casi di una possibile perdita, contrappesandoli con quelli scambievoli di guadagno, cotalchè, segua che può, niuno dei contraenti può dolersene, essendo la conseguenza di una convenzione ultraneamente stabilita (1).

Tal dottrina ci sembra da seguire malgrado viva opposizione che fa Coin-Delisle (n. 8), per le sostituzioni stabilite sotto l'impero della legge del 1826. — Questo scrittore, argomentando dal testo del nostro articolo, insegna che esso non permette la anticipata restituzione de' beni, ma solo l'abbandono anticipato del *godimento*, il che esclude l'idea di un trasferimento definitivo.

Se non che dicendo l'articolo che la cessazione del *godimento* del gravato, dia principio alla sostituzione, è fuor di dubbio che per *godimento* intenda la stessa proprietà del gravato. la quale viene chiamata impropriamente godimento per essere revocabile e durevole quanto la vita, siccome un dritto di usufrutto. Coin-Delisle aggiugne ch'essendosi l'articolo scritto prima della legge del 1826, è uopo chiarirsi con gli art. 1048 e 1050 (1003 e 1006); e poichè mercè di essi si è voluto con energia mantenere una intera uguaglianza fra tutti i figli del gravato, sarebbe una violazione della volontà del legislatore il permettere una convenzione di cui l'effetto, come si è veduto, consisterebbe nell'attribuire parti ineguali a'figli. Tale ragionamento non può valere per le sostituzioni fatte sotto la legge del 1826, la quale non più prescrivea la uguaglianza tra i figli. — Ma per le sostituzioni fatte o a farsi sotto la novella legge del 1849, l'argomento è concludente, e quindi siffatta terza causa d'ingresso è inammessibile.

V.—228. La quarta ed ultima causa che dà cominciamento al dritto de' chiamati, anche unicamente per le sostituzioni fatte sotto la legge del 1826, consiste nell'avvenimento del caso e del tempo che il disponente prefiggeva per termine della restituzione. Così, quando il disponente ha commesso al donatario di restituire i beni al di lui primo figlio alla maggiore età. ovvero dopo 25 anni dalla disposizione, ai figli che allora avrebbe, avrà principio al dritto de' chiamati, nel primo caso alla maggiore età, nel secondo al termine degli anni 25. Gli è vero che non sarà una sostituzione propriamente detta (art. 896 (941, n. III, 2), non essendovi obbligo di conservare fino alla morte; ma l'obbligo non sarà men valido. Sarebbe stata nulla prima della legge del 1826, tale sarebbe ancora sotto la legge del 1849 siccome una violazione indiretta della regola che proibisce di far restituire i beni a una parte dei figli solamente; ma di certo era valida sotto la legge del 1826, la quale permetteva la restituzione de' beni sia a tutti i discendenti, o ad alcuni o ad un solo.

VI. — 229. Taluni autori hanno anche annoverato fra le cause che dian principio alla sostituzione: 5° l'abuso del godimento del gravato: 6° la revoca della liberalità per l'inadempimento delle condizioni, o per l'indegnità del beneficiato; e 7° il ripudio del legatario. Da noi si ripete che non ammettesi tal'idea.

Secondo il più degli scrittori (2) il gravato potrebbe decadere dal suo diritto, se godesse abusivamente de' beni; essi appoggiano la loro decisione sull'art. 618 (543), il quale permette ai giudici dichiarare estinto l'usufrutto per abuso di godimento dell'usufruttario. E questo un errore

(1) Delvincourt, Duranton (IX-606); Dalloz (numero 9-11); Vazeille (14-15).

(2) Maleville, Grenier (n. 376), Delvincourt, Toullier (V-782), Duranton (IX-603 Dalloz (art. 6, n. 16), Duvergier (sopra Toullier).

a ragione riprovato da de Villargues (*Rep.*) di Favard (cap. II, sez. 2), Vazeille (n. 6) Coin-Delisle (n. 14). Abbiamo detto, conforme a tutti gli scrittori, che il gravato non è un usufruttuario, ma un proprietario, il quale non solo è tale di presente ma può forse divenirlo per sempre ed in modo irrevocabile, per esempio se egli non abbia discendenti, o se avendone, ora o appresso, venissero a morte prima di lui. Or se il gravato è proprietario non può applicarsi l' artic. 618 (543) che concerne l'usufruttuario; quindi sconviene parlare di analogia, avvegnacchè l'articolo 618 (543), sia un' esorbitanza, ed una severa penalità, e le penalità non possono estendersi per analogia senza creare arbitrariamente cause di *espropriazione*. Dunque se il godimento del gravato fosse abusivo, si potrà aver dritto a' danni-interessi pel passato, si potrà provvedere con misure conservatorie all' avvenire; per esempio togliergli l'amministrazione de'beni ed affidarla ad un sequestratario giudiziario. Ma questi amministrerà sempre per lui, quindi le rendite, i frutti, gl'interessi gli saranno dovuti, e giammai sarà permesso dichiararlo decaduto, espropriarlo.

VII.—230. Parecchi giureconsulti, specialmente Vazeille (n. 8 e 9), sostengono che la revoca di una donazione, o di un legato stanziata per inadempimento delle condizioni, o per ingratitudine (art. 953, 955 1046, 1047 (878, 880, 1001 1002)), ingenererebbe l'avvenimento della sostituzione. Duranton (n. 600 e 601) e Coin-Delisle (n. 4 e 5) rigettano a buon dritto cosiffatta dottrina; ma non vanno d'accordo intorno alle conseguenze.

Coin-Delisle considerando ragionevolmente sotto lo stesso profilo la donazione ed il legato, e senza distinguere se la revoca sia dichiarata per ingratitudine o inadempimento degli obblighi, esamina solamente se a quel punto il donatario, od il legatario abbiano o pur no discendenti viventi. Se non ve ne sieno, concede al donante o all' erede del testatore che faccia pronunziarla), il dritto a riprendere i beni siccome erano nelle mani del gravato, vale a dire col peso della sostituzione: egli dunque alla morte del gravato li restituirà ai chiamati che fossero sopravvenuti, e sopravvivessero a quello. Ma se invece si dimandi la revoca nel tempo in cui esistano già uno o più chiamati, l'autore opina che l'azione sia inammessibile, e che i beni rimarranno necessariamente nelle mani del gravato, non altrimenti che se la circostanza d'ingratitudine o d' inadempimento non esistesse.

Duranton ponendo innanzi una distinzione (di cui non sappiamo il *perchè*) fra la donazione ed il testamento, sembra farne una seconda (che in vero a *noi pare* indispensabile) fra il caso dell' ingratitudine e l' altro dell' inadempimento delle condizioni. Ma egli s'intrattiene lungamente sul primo caso, e nulla dice del secondo.

Intorno alle donazioni insegna (e secondo noi con ragione) che *colui* che le faccia rivocare per ingratitudine, può sempre, esistano o non esistano *chiamati*, riprendere i beni con l' obbligo bensì di restituirli alla morte del *gravato*. Ben diversa è la decisione data dal professore per i legati, benchè non assegni *la ragione* delle differenze, perocchè rammentando quel preteso principio che *ogni sostituzione* fidecommissaria rinchiuda implicitamente la volgare, risolve che se *alla morte del* testatore esistessero già dei chiamati, i beni del legatario dichiarato *indegno* sarebbero devoluti ad essi, e gli *altri che* potrebbero appresso sopravvenire, *non vi* avrebbero giammai alcun *drillo*; se poi non ne esistessero, il legato sarebbe caduco, e gli eredi del testatore acquisterebbero per sempre i beni; ripetiamo che lo scrittore non parla del caso di revoca per inadempimento delle condizioni, sia d'una donazione o di un testamento.

Ora non è evidente la stranezza di tali due dottrine?

E dapprima, intorno a quella di Coin-Delisle, come mai il dritto di un donante (o dell'erede di un testatore) dipenderebbe dall' esistenza o inesistenza de' chiamati, al momento in cui si dimanda la revoca?

ssano forse il misfatto e l'ingratitudine donatario di essere punibili perchè stano figli? Possono forse i figli, i quali, non vi ha revoca, avran diritto a' beni a morte del gravato, dolersi che si diari una revoca, e che si affidino i beni donante per restituirglieli al tempo stesso lla morte del gravato? Non rimane forse stessa la loro condizione? Si dirà che i fii non debbono patire il fallo del padre. li è vero; ma non si vuol questo, peocchè noi assicuriamo loro sempre il coneguimento de' beni all' ora istessa, sia he si pronunzi o no la rivocazione. Noi arliamo di punizione, non già per i figli a per il donatario ingrato, che è il pare, cui voi assicurereste l' impunità col ichiarare inammessibile l'azione di revoal... In ciò la vera dottrina è spontanea. l gravato ed il sostituito sono ambidue lonatari successivi che prendono i beni ıno dopo l' altro, quindi ognuno può perlerli per l'ingratitudine, ma come la cola di uno non può riversarsi sull' altro, on altrimenti l'innocenza di uno non porebbe ingenerare l' impunità dell' altro.

Quindi nulla di più semplice: il gravato he si è reso ingrato dee privarsi per tutto l tempo della sua vita de' beni che dovea n quel periodo godere. Ben a ragion dunque Duranton rigetta la strana distinzione di Coin-Delisle. Questo scrittore immagina da una mano una distinzione che ıon sta, confonde dall'altra due cose che ra d'uopo differenziare, cioè la revoca per ingratitudine e quella per inesecuzione. Quest'ultima più che essere penale è interamente pecuniaria: quindi le sue conseguenze lungi di essere esclusive ad un tale, si applicano a tutti, e viziano il principio stesso della disposizione. Così quando io ho dato la mia casa a Pietro perchè la restituisca a Paolo, ma a condizione di pagare i 15,000 fr. da me dovuti a Giacomo, è fuori dubbio che ricusandosi il pagamento, nè Paolo nè Pietro dovrà aver la casa, avvegnacchè il non pagamento costituisca l' avverarsi di una condizione risolutiva, che fa riguardare come non avvenuta la disposizione. (Vedi art. 953, 954 (878, 879)). Ora se io ho voluto spogliarmi della casa affinchè soddisfacessi il debito, come mai Coin-Delisle può dirci che si debba conservar quella, e non pagare un centesimo del debito? I principî del dritto, e quelli dell'equità bandiscono che io (ed il mio erede, laddove si tratti di un legato) possiamo negare la casa, non solo al gravato ma ai sostituiti, ed a tutti se nissuno paghi i 15,000 fr.

232. La dottrina di Duranton ha da un lato il merito di non far differenza se quando si dimandi la revoca esistano, o pur no dei chiamati; ha bensì il merito di non confondere il caso dell' inadempimento con quello dell' ingratitudine, dottrina esatta secondo noi per le donazioni fra vivi; ma non è forse alla sua volta inammessibile quando vien distinguendo quest'ultima dalle donazioni testamentarie?

Certo non vi ha alcuna ragione di differenza; nè egli ne accenna alcuna. . .

Il sistema del dotto professore sarà nel tutto erroneo quale che sia la opinione che si adotti. Se si ammetta con lui e Vazeille, che la sostituzione fidecommissaria contenga implicitamente una volgare, converrà dir lo stesso così per una donazione, che per un legato, come sostiene il Vazeille, il quale almeno ha il merito di esser conseguente. A noi non garba creare una sostituzione volgare, che non avendo base su alcun testo di legge sembraci puramente arbitraria; la nostra dottrina si compendia in due parole, noi diciamo del legato quello che Duranton dice della donazione.

Nel caso d'ingratitudine (art. 955, 1046 e 1047 (880, 1001 e 1002)) il donante o l'erede del testatore riprende mercè la revoca la cosa dal gravato, nulla importando se esistano, o pur no dei chiamati. Allora se alla morte di quello, quest'ultimi sopravvivessero, restituirà loro la cosa; in caso diverso, la riterrà irrevocabilmente a sua posta. All'opposito, se la revoca avvenga per inadempimento delle condizioni, la riprenderà per sempre, avvegnacchè il chiamato al pari che il gravato non possa avere la cosa donata senza adempiere agli obblighi coi quali fu data.

VIII. — 233. In fine, secondo una dot-

trina di Coin-Delisle (n. II), la quale sembra tolta da Toullier (n. 793-794), il dritto dei chiamati incomincia per il ripudio del legatario gravato allorchè si tratti di legato, e non già quando la disposizione consista in una donazione fra vivi. Così se un padre di due figli, doni fra vivi la sua quota disponibile al maggiore, col peso di restituirla a' proprî figli, e quegli rinunzii, lo scrittore insegna che non potendo esistere la donazione senza l'accettazione, non vi sarebbe in tal caso nè disposizione nè sostituzione. Ma se all' incontro il disponibile non fosse donato fra vivi, ma legato, egli ordina che la rinuncia del figlio legatario non impedirebbe la esistenza della sostituzione.

Egli appoggia la sua sentenza sugli articoli 1048, 1049 (1003, 1004) i quali permettono la disposizione di un legato con l'obbligo di restituire ai figli, e poichè tal peso costituisce da quel punto una liberalità permessa, la volontà del legatario non vale ad annientare la sostituzione dei figli.

Questa dottrina che a nostro avviso è un errore, si confuta di leggieri. Il ragionamento di Coin-Delisle è inconcludente, e se nol fosse, dovrebbe applicarsi tanto alla donazione che al legato.

Gli art. 1048 e 1049 (1003 e 1004) permettono del pari che l'obbligazione di restituire si stabilisca come peso *di una donazione*, dunque anche quest' obbligo costituisce una liberalità permessa, e però la chiamata de' sostituti non può essere annientata dalla volontà *del donatario*. Eppure il nostro dotto collega respinge tale idea ben a ragione, dicendo che se l'obbligazione di restituire stia come peso di un donato, è uopo che questo esista, il che non può altrimenti avvenire che con l' accettazione del donatario. Or per il legato la risposta è appunto la stessa. Quando colui che è chiamato in un testamento, ripudii la liberalità, non vi ha nè legato nè legatario sparisce il legato siccome sparirebbe la donazione, e la cosa rimane sulla successione *ab intestato*, siccome resterebbe nel patrimonio del donante vivente. Ma allorchè non esista nè donazione nè legato, non torna vano parlare di pesi e di un accessorio dell'una o dell'altra?..... Sì certamente non vi ha sostituzione possibile senza disposizione principale.

234. Per dar fine alla materia vediamo ora in che modo i chiamati raccolgano la sostituzione dopo la morte del gravato.

Saranno essi come tali di pieno dritto investiti dei beni appena incominci il loro dritto, ovvero sarà loro necessario dimandare il rilascio non altrimenti che i legatari alla morte del testatore?

È fuori dubbio che la investitura sarà di pieno dritto, allorchè i sostituiti a un tempo fossero eredi del gravato, poichè in tal caso hanno il possesso di tutti i beni d' ogni sorta lasciati dal defunto. Ma che si dirà se non fossero suoi eredi, ad esempio se sia un primo sostituito gravato a pro di un secondo fratello di lui con una disposizione fatta sotto la legge del 1826; ovvero se il sostituito figlio di un gravato, rinunzii alla successione di costui, ma domandi la sostituzione?

In tal caso decidono gli scrittori, che gli eredi del gravato sono investiti di tutti i beni lasciati da quest'ultimo, compresi anche quelli della sostituzione, per modo che allora non avendo i sostituti, al pari che i legatari, alcun possesso *nè di dritto* nè di fatto, dovranno dimandare *il rilascio*, quindi essi non hanno dritto a' frutti che dal dì della dimanda, o del rilascio compartito volontariamente (1). Se non che noi, siccome Coin-Delisle (art. 1048 (1003), n. 38) crediamo essere questo un errore.

Ed in vero per la morte del gravato avviene la risoluzione di *tutti* i suoi diritti su' beni da restituire, e niuno se ne trasmette agli eredi di lui. Questi dunque non hanno più diritto nè di possesso nè di proprietà, ma una semplice detenzione di fatto,

(1) Merlin (sez. 13, § 3); R. de Villargues (capitolo 2, sez. 2); Duranton (IX-611); Dalloz (sezione 2, art. 6).

in deposito della cosa altrui; cosicchè debbono farne non già il rilascio giusta i sensi dell'art. 1014 (968) ma la *restituzione*. Che un legatario alla morte del suo testatore acquisti solo il dritto di proprietà, rimanendo il dritto di possesso insieme al possesso di fatto nel rappresentante di colui, sta bene; ma il sostituito non riceve alcun dritto nè dal gravato, nè dal rappresentante di costui, egli quindi avrà una restituzione di fatto derivando i dritti in lui dall'autore della disposizione: *non a gravato sed a gravante*.

Il sostituito adunque acquista dalla morte del gravato il dritto di proprietà, il dritto di possesso, e quello a' frutti direttamente *a gravante*, in guisa che la dimanda a farsi al rappresentante di quello, mirerà ad aver la consegna di fatto, cioè a far cessare la detenzione puramente fisica. Anche nel caso che il sostituito sia l'erede del gravato, avrà l'investitura dei beni compresi nella sostituzione, non già col titolo di erede e per la medesima causa onde gli appartengono gli altri beni, ma come sostituto.

IX. — 235. Il nostro articolo dichiara che l'abbandono anticipato fatto dal gravato ai chiamati, non possa mai nuocere ai costui creditori.

Quindi, quale che sia l'obbietto di tale abbandono o la stessa proprietà dei beni (la quale dal nostro articolo vien designata col nome di *godimento*, siccome abbiamo veduto al n. III) o il semplice godimento propriamente detto; abbiano o pur no i creditori un titolo autentico, purchè esso porti una data certa anteriore all'abbandono, essi, in ogni caso, nella insufficienza degli altri beni del loro debitore, avranno dritto di farsi pagare sulle rendite dei beni abbandonati. L'abbandono è permesso dal Codice purchè esso non noccia ai creditori, di guisa che appena ingeneri loro un pregiudizio, sarà come non avvenuto rispetto ad essi. Inoltre, se i chiamati che già abbiano ricevuto anticipatamente la proprietà de' beni, vengano a morte prima del gravato, i creditori potrebbero, nella mancanza di altri beni, pagarsi sulla proprietà di quelli abbandonati, e toglierli agli eredi legatari, o ad altri rappresentanti dei chiamati. In vero, se l'abbandono anticipato non fosse avvenuto, la premorienza dei chiamati avrebbe fatto rimanere i beni al gravato, ed i creditori di costui avrebbero ben potuto pagarsi sulla loro piena proprietà, quindi essi, non essendo bastevoli gli altri beni, possono procedere come se l'abbandono non fosse. — Se non che è fuori dubbio che se gli altri beni bastino al pagamento dei creditori, non più potrà affermarsi che l'abbandono anticipato sia stato loro di pregiudizio.

È certo eziandio, per una conseguenza del diritto comune, che l'abbandono anticipato non potrebbe nuocere a coloro in vantaggio di cui si fosse dal gravato alienato eventualmente la proprietà dei beni o qualsia dritto reale sopra di essi, avvegnacchè il gravato non avrebbe potuto trasferire ai chiamati un dritto, di cui già fosse spogliato e non più a lui appartenente. Così, se il gravato mi abbia dato o venduto i beni, l'abbandono posteriore non impedirà certamente che io conservi la proprietà soggetta bensì alla risoluzione, e ne acquisti irrevocabilmente la proprietà, siccome avrebbela acquistata egli stesso, se tutti i chiamati premorissero. Se egli abbia ceduto l'usufrutto, io lo serberò per tutto il tempo di sua vita, non ostante lo abbandono, nè mi verrà meno colla di lui morte, se per avventura allora non esistessero chiamati.

Medesimamente avrei fino che egli vive, la servitù reale stabilita a mio vantaggio (e la conserverei in perpetuo se i chiamati a pro dei quali si fosse fatto l'abbandono, morissero prima di lui.

X. — 236. A fin di completare l'analisi di questo articolo, indichiamo le cause onde si estinguono le sostituzioni.

Le sostituzioni si estinguono.

1. Per assoluta mancanza di chiamati. — Così, quando il gravato muoja, e non abbia procreato alcun figlio, o quando i chiamati esistenti gli sieno premorti, è fuori dubbio che i beni restano liberi nella successione. Se poi la disposizione deter-

mini uno o più sostituti, la morte di costoro estinguerà la sostituzione anche in vita del gravato; i beni quindi resterebbero immediatamente nelle proprie mani.

2. Per il ripudio dei chiamati a raccogliere la sostituzione.—In tal caso i beni restano liberi nella successione del gravato, Qui non trattasi del caso in cui la rinunzia ad accettare la donazione o il legato soggetti alla restituzione, sia fatta dal gravato. perciocchè allora non essendo la sostituzione per anco incominciata, non può certo terminare, ma invece, siccome non formasi punto la disposizione principale, così non può formarsi neppure la sostituzione, che ne è l'accessorio (Ved. sopra, n. VIII).

3. Per la estinzione de' gradi della sostituzione.—Così i primi sostituti (i soli), quando vi ha un solo grado, e se ve ne sieno più, i secondi, hanno il possesso dei beni puri e liberi da ogni obbligo ulteriore.

4. Per la perdita della cosa purchè avvegna senza colpa del gravato.—Se quegli fosse in colpa, i sostituti avrebbero un'azione di danni-interessi contro di lui.

5. Finalmente per la revoca.—La sostituzione sarà revocata se al donante, che non aveva figli al momento della disposizione, ne sopravvenisse alcuno. La sopravvenienza farebbe revocarla sola se il figlio nascesse dopo che il sostituto sarà entrato nel possesso, travolgerebbe anco la donazione principale se la nascita avvenisse durante il godimento del gravato.—Revocherà del pari la sostituzione, trattisi di donazione o di legato, l'inadempimento degli obblighi.—Ugualmente la ingratitudine de' sostituti (art. 935 (859)), ingratitudine che meglio addimandasi indegnità nel caso del legato (art. 1046, 1047 (1001, e 1002)). Che se la ingratitudine (o la indegnità) sia del gravato, è risaputo che la revoca avviene per la sola liberalità di lui; senza pregiudicar punto a quella dei sostituiti (Vedi sopra, n. VII).

1054 (1010).—Le mogli dei gravati non potranno avere, sui beni da restituirsi, alcuna azione sussidiaria, in caso d'insufficienza di beni liberi, che pel solo capitale del denaro portato in dote, e nel caso soltanto in cui il testatore lo avesse espressamente ordinato.

237. Quel che l'articolo dice di un testatore si applica ugualmente al donante, essendo riconosciuto da tutti gli autori che trattasi di qualunque disponente; ond'è che il Codice ha usato la espressione di *testatore* perchè certamente le sostituzioni si stabiliscono più spesso per testamento che per donazioni fra vivi.

La legge benchè permetta le sostituzioni poco arrendevole ed a mo' di eccezione, tuttavolta non vuole che le si possano fare e disfare con lo stesso atto per modo che mentre da una mano si creino, dall' altra così si sovraccarichino da annientarle. Quindi quantunque un disponente possa a sua posta donare i propri beni senza sostituzione di sorta, pure se per avventura ne faccia, non gli è affatto lecito permettere al gravato di vincolare i beni da restituire con ipoteche, di cui le conseguenze tornerebbero dannose ai chiamati.

Se non che in un caso solo speciale è permesso dal Codice l'effetto di somiglianti obblighi, cioè per la ipoteca legale della moglie del gravato; ma bisogna che gli altri beni di costui non bastino, che trattisi del capitale del denaro dotale, e che la disposizione il consenta in termini formali. Così invano il disponente autorizzerebbe il gravato o a dare un'azione sussidiaria in vece della moglie ad altri creditori, ovvero ad estendere l'ipoteca legale di quella agl' interessi della dote o alle somme dovute per l' alienazione de' suoi propri. Invano Toullier (V, 745) e Villargues (*Rep.* di Fav., sez. 2, § 5) sostengono il contrario appoggiandosi sulla idea che si possa il più potendosi il meno. È noto quanto falsa sia tale idea nelle materie di stretto dritto, di che veggiamo un esempio molto analogo al nostro nell'art. 945 (869) il quale dichiara che

ai che potrebbe non far donazione, non abbia nondimeno il dritto di donare sotto condizione di pagare i debiti che lascerà al tempo della morte. D'altronde il nostro articolo è molto formale (1).

È questa la sola eccezione fatta al principio che estingue la proprietà del gravato, per il sopravvivere dei chiamati al tempo della sua morte .

Pertanto qualunque concessione d'ipoteche, alienazione , creazione di servitù sarebbero nulle rispetto ai chiamati: *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

238. Ma, checchè ne dica il giornale *du Palais* (*Rep.*, sez. 5), i chiamati non potrebbero allegare siffatta risoluzione se fossero puri e semplici eredi del gravato; perocchè tal qualità imponendo loro tutte le obbligazioni del defunto, essi dovrebbero come tali guarentire gli effetti della evizione che avrebbero cagionato come sostituiti ; in tal caso dunque ben direbbesi *quem de eviclione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*, per modo che i soli casi di rinuncia o di accettazione beneficiaria potrebbero far loro allegare la resoluzione.

L'ordinanza del 1747 per addentrare ancora più nella mente di quelli che sostituivano, e favorire più che si potesse l'idea *aristocratica* della conservazione dei beni *in natura* nella linea dei sostituiti , permetteva a costoro, quando erano puri e semplici eredi del gravato, di riprendere nulla di meno i beni dai terzi acquisitori *pagandone* loro il valore *in danaro* (titolo 2 , art. 31). Ciò prova che la qualità di eredi puri e semplici era loro di ostacolo a dimandare la nullità dell'alienazione (2).

È evidente quindi che favore sì smoderato ed informato di aristocrazia sta interamente a ritroso dello spirito del Codice, nè potrebbe oggidì applicarsi.

§ 3. — *Dei provvedimenti presi nello interesse dei chiamati.*

1055 (1011).—Colui che farà le disposizioni autorizzate dai precedenti articoli , potrà, collo stesso atto, o con un posteriore , in autentica forma , nominare un tutore incaricato dell' esecuzione di tali disposizioni: questo tutore non potrà essere dispensato se non per una delle cause espresse nella sezione sesta del capo secondo del titolo *della Minore età, della Tutela e dell' Emancipazione.*

1056 (1012). — In mancanza di questo tutore , ne sarà nominato uno ad istanza del gravato , o s' egli è minore, dal suo tutore, nel termine di un mese , da computarsi dal giorno della morte del donante o del testatore, o dal giorno in cui dopo questa morte, si avrà notizia dell'atto contenente la disposizione.*

239. Il tutore di cui qui è cenno, siccome dice l'art. 1055 (1011) è incaricato della esecuzione delle disposizioni. Egli dunque, oltre delle misure di precauzione indicate dagli articoli seguenti , ha ben anche in generale il dovere di badare, affinchè l'obbligo di restituire sia bene e fedelmente adempiuto, sopravvegliare il gravato onde muovergli lite tutte le volte che fosse necessario, essendo responsabile dei danni che la sua negligenza potesse ingenerare ai chiamati (art. 1073 (1029)).

Se non che egli non è tenuto ipotecariamente; perocchè il Codice non stabili-

(1) Maleville , Delaporte , Delvincourt , Grenier (n. 378); Duranton (n. 595); Dalloz (sez. 2, art. 5); Vazeille (n. 1); Coin-Delisle (n. 1); Duvergier (*su Toullier*).

(2) Vedi il testo dell'ordinanza nei *Codici Tripier.*

*—La decadenza del gravato di restituzione dal godimento dei beni nel caso che trascuri di fare istanza per la nomina del tutore , è penale assoluta e non perentoria. — I dritti del gravato non si devolvono ai futuri chiamati in caso di decadenza del gravato per solo ministero della legge: fa mestieri che sieno chiesti , potendo la condizion penale essere rimessa dai chiamati. C. S. di Napoli. 16 nov. 1848.

sca l'ipoteca legale contro tutti i tutori, ma solamente contro quelli dati ai minori ed agl'interdetti (art. 2121 (2007). Or il tutore, onde qui è cenno, non è dato *personæ* ma solamente *rei*. Gli è così certo che non abbia alcuna tutela dei minori e degl'interdetti, che da un lato esisterebbe sempre, ancora che il chiamato fosse maggiore e capace, e dall'altro se questi fosse interdetto o minore, avrebbe pur sempre il suo tutore speciale. S'intende del pari, che in questa tutela non vi ha tutore surrogato.

240. Il tutore di cui parliamo, viene eletto o dallo stesso disponente, ovvero a cura del gravato, o del tutore che lo rappresenti.

La nomina può farsi dal disponente o con atto fra vivi, o per testamento che contenga la sostituzione, ovvero in un atto posteriore che sia autentico.

Quindi potrebbe farsi mercè atto stipulato da notaro, o ricevuto dal giudice di pace colla assistenza del suo cancelliere. Se non che è uopo riconoscere con Delvincourt, Toullier (V-747) e Vazeille (n. 1), e contro all'opinione di Coin-Delisle (n. 2), che sebbene l'atto posteriore possa non esser notarile, pure è necessario che sia autentico per modo che invano si farebbe con testamento olografo.

Quando la nomina non si fosse fatta dal disponente (o il tutore nominato sia estinto, o si scusi), sarà fatta a cura del gravato, ma non da lui, essendo assurdo che egli deputi a sè stesso il proprio censore. La legge non indica da chi debba farsi la scelta, ma nel rimettersene alla tutela ordinaria per le scuse che il tutore nominato potrebbe addurre, sta bene dire (siccome fanno tutti gli scrittori) che debbano anche qui seguirsi le regole di quella o per lo meno adottarle per quanto si possa. Dunque il tutore sarà nominato dal consiglio di famiglia; e poichè la nomina vien fatta nello interesse dei chiamati figli del gravato, l'assemblea sarà composta dal giudice di pace con parenti o affini presi in metà dal lato paterno, e in metà dal materno. Ma se i parenti affini materni non sieno per anco nati, vale a dire se i chiamati non esistono perchè il gravato non sia ammogliato, è necessario che tutti i membri del consiglio si prendano dal lato solo di lui.

La nomina a cura del gravato, o di costui tutore, è richiesta sempre dopo la morte del disponente, anche quando la disposizione siasi fatta per donazione fra vivi; perocchè il donante finchè viva darebbe a sè stesso esecuzione alle sue volontà, e il tutore sarebbe inutile. Ma se il disponente nel fare la donazione avesse nominato il tutore senza dichiarare che i poteri di lui si recheranno in atto dopo la sua morte, potranno alla loro volta procedere così il donante, che il tutore mandatario di questo ultimo.

L'obbligo di far nominare il tutore debb'essere adempito dal gravato in un mese dal dì della morte, o da quello in cui avrà avuto notizia della disposizione.

1057 (1013).—Il gravato che non avrà adempito al prescritto dell'articolo precedente, sarà decaduto dal beneficio della disposizione, ed in questo caso, il diritto potrà dichiararsi devoluto a favore dei chiamati ad istanza o di loro stessi, se sono in maggiore età, e se sono minori o interdetti, ad istanza dei loro tutori o curatori, o di qualunque parente dei chiamati maggiori, minori, od interdetti, o anche *ex officio*, a richiesta del R. procuratore presso il tribunale di prima istanza del luogo in cui la successione è aperta.*

*—Le disposizioni dell'art. 1013 delle leggi civili, danno a qualunque parente il dritto di agire in dichiarazione di decadenza contro il gravato che non abbia adempito alla nomina del tutore alla sostituzione ai termini di ciò che si prescrive nell'art. 1012 delle leggi medesime. Tale mandato, come quello che deriva da particolari disposizioni della legge, non può incontrare ostacolo nelle disposizioni dell'art. 204 delle stesse leggi civili. C. S. di Napoli, 31 gen. 1828.

SOMMARIO

Numerose divisioni degli scrittori sulla interpretazione dell'articolo.
. *Senso della disposizione: la regola di decadimento è imperativa ed assoluta. — Si applica benchè non esistano chiamati, o sieno minori.*
III. La assegnazione dei beni ai chiamati prima della morte del gravato è condizionale; ma in che senso? Altro dissentimento con gli scrittori.

I. — 241. Assai discordi sono gli scrit-
-ri sul senso di questa disposizione.
I più dalle parole « *potrà* il dritto di-
iararsi devoluto » inferiscono, che abbia-
o i magistrati la facoltà di dar comincia-
iento o pur no al diritto, e combinando
al pretesa facoltà con la regola di deca-
imento che la precede, insegnano che
ia facoltativo anch'esso il decadimento (1).
ltri affermano che la proposizione « *po-
rà* il dritto... » non sia facoltativa, ma
potetica, significando, secondo essi, che
l diritto sarà o pur no devoluto secondo
che esisteranno o pur no dei chiamati, e
che il decadimento sia imperativo. Fra essi,
altri ammettono il decadimento contro qual-
siasi gravato (Delvincourt, Maleville); al-
ri contro i maggiori solamente (Coin-De-
isle, n. 6); taluni contro i minori, di
cui il tutore fosse solvibile, e non già con-
ro gli altri (Duranton, IX, 568).

Vogliono alcuni che non si pronunzii il decadimento se non nella esistenza di chiamati per prendere i beni in luogo del gravato (Duranton, num. 567); dicono altri che dovrà sempre dichiararsi, e che i beni ritornino agli eredi del disponente (Delvincourt, Maleville, Coin-Delisle (n. 4)); altri che i beni si mettano sotto sequestro mettendone a capitale le rendite fino a che sopravvengano i chiamati, o per ritornare nella successione del gravato se per avventura alla morte di quest'ultimo non ve ne fossero.

II. — 242. Quanto a noi, diciamo che tanta contrarietà di opinioni non si osserverebbe, ed in vece si sarebbero ammessi senza difficoltà i risultamenti indicati da Delvincourt, se meglio si fossero studiati i testi della legge e la storia della loro formazione.

E dapprima, non è egli evidente che il decadimento sia assoluto, indipendente dalle circostanze variabili cui si vorrebbe sottoporlo, e derivante dal solo fatto che non siasi adempiuta la regola dell'articolo precedente? « Il gravato che non avrà adempito... sarà decaduto » cosa vuolsi di più chiaro e di più formale? il gravato *sarà decaduto* senza distinguersi se esistano o no dei chiamati. — Se ve ne sieno, raccoglieranno essi i beni, e necessariamente sarà dichiarato il loro dritto incominciato. Diciamo sarà e non che potrà essere, avvegnachè la parola *potrà* non indichi la voluta facoltà del tribunale di dichiarare a suo arbitrio devoluto il dritto (facoltà che punto non esiste); neppure quella parola può a nostro giudizio esprimere la alternativa « secondo che vi sieno o no de' chiamati » (perocchè la condizione della esistenza dei chiamati sia talmente certa che per fermo non era mestieri di essere preveduta).

Secondo noi, tal parola serve solo ad indicare le persone cui è dato far dichiarare l'apertura, significando che *potrà* essere pronunciata sia su dimanda di tale o tal'altra persona, ovvero da un semplice parente del chiamato, o dal chiamato medesimo. — Se non esistano ancora sostituti, i beni ritorneranno agli eredi del disponente, i quali alla lor volta o li restituiranno ai chiamati, se ne sopravvengano, o se no, li faranno propri definitivamente.

Quest' ultima idea, sebbene fosse da parecchi scrittori con energia rigettata,

(1) Grenier (n. 383); R. de Villargues (cap. 2, sez. 2); Dalloz, sez. 2, art. 4); Poujol (n. 7); Vazeille (n. 1).

siccome quella che non può esprimere il pensiero della legge, sarebbe stata nulladimeno indubitabilmente riconosciuta vera, se si fossero consultati i lavori preparatori del Codice. Nel progetto di esso la regola del nostro articolo, non che essere isolata, si rannodava ad altra precedente, la quale, benchè soppressa dal Consiglio, lascia scorgere compiutamente il significato di quella che ci resta...

Dichiarava un primo articolo che le disposizioni con sostituzione sarebbero nulle se il disponente non avesse nominato il tutore; prescrivea un altro (il presente articolo 1056 (1012)) che quando alla morte del disponente, o non più esistesse il tutore nominato, o si fosse scusato, era obbligo del gravato farne surrogare un altro; infine un terzo articolo (che è il nostro) aggiungeva, che laddove quest' ultimo non adempisse a siffatta prescrizione, sarebbe decaduto, salvo a chiamare in sua vece i sostituti (art. 133, 134 e 135 del progetto: Fenet, XII, p. 405). Così: 1° vi era nullità radicale della disposizione, ed insieme della sostituzione se il disponente non nominava il tutore; 2° annullavasi la disposizione, mantenendosi bensì la sostituzione, allorchè la mancanza del tutore derivava da colpa del gravato. Eran queste le regole del progetto. Non esistendo più la prima di esse, ne segue che insieme con l'obbligazione del disponente si è tolta altresì la sanzione che l' accompagnava, per modo che il disponente ha sempre il dritto, ma non l' obbligo di nominare il tutore. All'opposito, rimasta la seconda regola qual'era, il gravato ha l'indeclinabile dovere di farlo nominare se non esista, e l'inadempimento di tale obbligazione vien punito con la perdita della sua liberalità (1). Adunque, mancando i chiamati, i beni apparterranno agli eredi del disponente; e come mai maravigliarsene sapendosi essere tal regola l'avanzo di un sistema, in cui la mancanza della nomina del tutore doveva talvolta attribuirglieli non ostante che esistano de' sostituti?

Gli eredi quindi prenderanno i beni; li restituiranno a'sostituti se ne nascessero, o nel caso contrario, li riterranno per loro.

243. Se il gravato fosse minore, sarebbe similmente decaduto, tranne non fosse sprovvisto di tutore; infatti l' obbligo, cui è sanzione la perdita della liberalità, viene imposto dall' articolo precedente a tal tutore; e l'art. 1074 (1030) dichiara generalmente che il gravato minore non è ammesso a restituzione contro l' inadempimento delle regole prescritte dagli articoli del nostro capitolo. Invano dunque Coin-Delisle assume che tale disposizione non sia sì generale come sembra; che essa si riferisca a taluni articoli solamente, e che « l' art. 1057 (1013) non sia compreso nella enumerazione che i compilatori *volean* fare e *non* fecero »: si intende bene che simigliante dottrina è quanto arbitraria, altrettanto facile. Quest'arbitrio è ancora più aperto, se pur sia possibile, nella dottrina di Duranton, il quale mentre riconosce l'applicabilità dell'art. 1074 (1030), vuole che se ne eccettui il caso in cui il tutore fosse insolvibile, senza badare che l'articolo dica a chiare note che il gravato minore non potrà essere restituito neppure nel caso d'*insolvibilità* del suo tutore. Sarebbe altrimenti se il gravato minore fosse stato senza tutore nel corso del termine in cui doveva farsi la nomina; avvegnachè l'art. 1056 (1022) imponga la obbligazione al gravato maggiore, o al tutore del gravato minore, e nel caso dianzi cennato non esisterebbe nè l' uno nè l' altro. Allora spetterebbe alle parti interessate far nominare prontamente un tutore (406 (327)).

III. — **244.** Dicono unanimemente gli scrittori, che il rilascio fatto ai chiamati viventi al tempo del decadimento del gravato, sia puramente provvisorio e condizionale, dovendosi l'attribuzione dei beni regolare definitivamente secondo lo stato di famiglia al tempo della morte di quello. Giusta tale dottrina, non solo i chiamati nati dopo la fatta sostituzione divideranno

(1) Parigi, 29 mag. 1841; Rig., 17 aprile 1843; Dev., 41, 2, 579; 43, 1, 49.

beni con quelli che li avevano dapprima icevuti, ma eziandio se costoro muojano rima del gravato, e sopravviva ad essi mo degli ultimi nati, avrà egli solo tutti beni, e gli eredi dei predefunti nulla onserverebbero; se al contrario niun chiamato sopravvive al gravato, apparterranno gli eredi del disponente.

Quanto a noi ci scostiamo dalla seconda arte di tal dottrina, perocchè quantunque osse vero che il rilascio fatto al tempo del decadimento sia condizionale, pure non ci sembra che sia tale nel senso dianzi indicato. S'intenderà indubitatamente la condizione che i beni debbano dividersi con i sostituiti che potessero sopravvenire, ma non certamente sotto quella che apparterranno ai sostituiti sopravviventi al gravato. Così, quando al tempo in cui si sarà dichiarato il decadimento esista un figlio, e ne sopravvenga poscia un secondo, i beni non resteranno al primo interamente, ma si divideranno in metà per ciascuno, se ne sopravvenga un terzo sarà anche il terzo la parte di ognuno, e così via discorrendo. Se non che il risultamento non dipenderà dalla morte di ciascun chiamato, poichè se pure il primo chiamato fosse morto quando sopravvenga il terzo, la divisione sarebbe sempre fatta in tre parti, cioè fra i due ultimi ed i successori del primo, e non già in metà fra quelli soltanto; che se tutti e tre muojano prima del gravato, conseguiranno i beni non gli eredi del disponente, ma gli eredi o gli altri successori di quelli. Il che sembraci una necessaria conseguenza del principio, che la sostituzione in tal caso, cominci ai sensi del nostro articolo, non già alla morte del gravato, ma al punto del suo decadimento: e veramente appena il dritto del sostituito rimanga *aperto* ed abbia effetto, cessa di essere una semplice speranza, in guisa che per la morte trasferiscesi ai suoi eredi nel modo stesso in cui si avea, val quanto dire con l'obbligo di dividerlo egualmente con tutti i chiamati che sopravverranno.

Quel che si è detto pel caso in cui esistano dei chiamati, allorchè si dichiari il decadimento del gravato e la apertura del dritto, vien del pari osservato allorchè i beni fossero presi, per mancanza di chiamati, prima dagli eredi del disponente, e poi da essi restituiti ai chiamati sopravvenienti.

245. La legge è abbastanza chiara nell'indicare da chi possa dimandarsi la dichiarazione dell'incominciamento del dritto dei chiamati; quindi non fa d'uopo di alcun schiarimento. Ben si comprende altresì che quando nella inesistenza dei chiamati, si tratti semplicemente di provare il decadimento del gravato e la revoca della liberalità, cotesta azione spetta agli eredi del disponente.

1058 (1014).—Dopo la morte di quello che avrà disposto coll'obbligo della restituzione, si procederà nelle forme ordinarie all'inventario di tutti i beni, ed effetti componenti l'eredità, eccettuato però il caso in cui non si tratti che di un solo legato particolare. Quest'inventario conterrà la stima a giusto prezzo dei mobili ed effetti mobiliari.

246. La seconda formalità richiesta dalla legge nello interesse dei chiamati, è l'inventario e la stima de' mobili compresi nella disposizione fatta a titolo universale e per atto di ultima volontà.

Un inventario non si fa che per i mobili; quindi non dubitiamo di affermare con Coin-Delisle (n° 8), malgrado la contraria opinione di Toullier (V, 753) che il nostro articolo intenda ristringere ad essi la sua disposizione. Anche altri testi oltre il nostro (ved. art. 451, 794, 1031, ec. (374, 711, 986, ec.)) parlano in generale d'inventario *de' beni*, ma nissuno ha giammai dubitato sul senso di tale espressione: si tratta di *beni capaci* d'inventario, perocchè, giova ripeterlo, non si fa inventario degl'immobili (V. art. 600, 626 ec. (525 M, 551, ec.) C. c.; 943 (1019) C.pr.).

Il nostro articolo fa eccezione per le di-

sposizioni a titolo particolare; oltre di che non applicosi punto alle donazioni fra vivi siccome emerge dalla stessa eccezione. che parla di *legato* particolare. Così la regola concerne i legati o le istituzioni contrattuali che abbiano per oggetto l'universalità dei beni, o l'universalità de' mobili, o una quota dell'universalità di quelli e di questi (art. 1003, 1010 (929, 914)). Se non che alle donazioni fra vivi sarà necessariamente annesso uno stato estimativo de' mobili donati (art. 948 (872)).

1059 (1015).—Sarà fatto l'inventario ad istanza del gravato di restituzione, e nel termine stabilito nel titolo delle successioni, alla presenza del tutore nominato per l'esecuzione. Le spese si dedurranno da' beni compresi nella disposizione.

247. Il gravato ha tre mesi per formare l'inventario, giusta l'art. 795 (712) e non quattro mesi e dieci giorni; siccome vuole, Toullier (n° 751), perocchè i 40 giorni, di cui parla il secondo paragrafo del detto articolo, sono accordati all'erede non per l'inventario, ma per deliberare dopo fatto quello, se debba accettare puramente, o col beneficio, o rinunziare.

Le spese non gravano sulla successione del defunto (essendo l'inventario necessario non per essa, ma per la liberalità del defunto, per modo che sarebbe ingiusto far pagare le spese agli eredi); neppure sono a peso personale del gravato (avvegnachè la liberalità che vi dà occasione concerna non solo quest' ultimo, ma anco i sostituiti); ma saranno a carico de' beni sostituiti, in guisa che graveranno sopra tutti quelli che vantaggiano della disposizione. Che se l'inventario, a prescindere dell'esistenza della sostituzione, fosse necessario per l'assenza o la minor età di qualche erede o per altra qualsiasi circostanza, le spese si prenderanno dalla massa; per modo che graveranno in parte proporzionale e sopra i beni sostituiti, e sopra quelli che restino nella successione *ab intestato*.

1060 (1016). — Se nel termine sopra espresso ad istanza del gravato non siasi eseguito l'inventario, si procederà alla sua formazione nel mese seguente, ad istanza del tutore nominato per l'esecuzione, ed in presenza del gravato stesso, o del suo tutore.

1061 (1017).—Se non si è soddisfatto al prescritto nei due precedenti articoli, si procederà allo stesso inventario, sulla istanza delle persone indicate nell'articolo 1057 (1013), chiamandosi il gravato od il suo tutore, ed il tutore nominato per l'esecuzione.

248. Se l'inventario non si fosse fatto a richiesta del gravato nei tre mesi dalla morte del disponente, l'obbligo di farlo eseguire è del tutore della disposizione, e se questi nol faccia nel mese seguente, avranno il dritto di richiedere l'adempimento indistintamente i chiamati *o i loro* tutori o curatori, i parenti *di quelli, ed* il procuratore della Repubblica presso il tribunale nella giurisdizione di cui siasi aperta la successione.

1062 (1018). — Il gravato a restituire dovrà far procedere alla vendita, mediante affissi, ed incanti, di tutti i mobili ed effetti compresi nella disposizione, a riserva però di quelli di cui si fa menzione nei due articoli seguenti.

249. L'ordinanza del 1747 scritta con ispirito di aristocrazia e per conservare *in natura* i beni nelle famiglie, riguardava con poco favore la sostituzione dei mobili, la conservazione e la restituzione dei quali in natura sono bene spesso difficili e di poca utilità; quindi non l'ammetteva senza condizione che per i mobili *compresi* in

una disposizione universale o di quotità (art. 4). Quindi erano anche nulle le disposizioni speciali di mobili, quando il disponente non si fosse dato pensiero di ordinarne espressamente la vendita (art. 5); permettendosene solo per eccezione la conservazione in natura 1. per le cose che servivano all'uso e all'ornamento dei castelli o delle case sostituite, e 2. per gli armenti, e gli utensili necessarî alla coltivazione delle terre (art. 6 e 7).

Il Codice civile formato con uno scopo diverso dell'ordinanza, non ha voluto proibire, nè restringere le disposizioni speciali dei mobili; ond'è che quando il nostro articolo parla di *mobili compresi nella disposizione* significa evidentemente non solo i mobili contenuti in una disposizione universale, siccome prescriveasi nell'art. 4 dell'ordinanza, ma ben anche quelli che formassero l'obbietto di una disposizione particolare. Quindi l'atto sarebbe valido tanto nel secondo che nel primo caso, e sempre il gravato dovrebbe far vendere i mobili, salvo le eccezioni indicate nei due articoli seguenti.

Cotesti due articoli sembrano a prima giunta riprodurre le disposizioni degli articoli 6 e 7 dell'ordinanza, ma noi vedremo che uno di essi è scritto in un senso differente ed assai più esteso.

1063 (1019). — La mobiglia, e gli altri effetti mobiliari che si sono compresi nella disposizione, coll'obbligo espresso di conservarli in natura, saranno rimessi nello stato in cui si troveranno al tempo della restituzione.

250. L'articolo settimo dell'ordinanza autorizzava la conservazione in ispecie, con espresso ordine del disponente, pei mobili inservienti all'uso o all'ornamento dei castelli o case, che facevano parte della sostituzione; solo quando tali mobili fossero dipendenti, o accessori dell'immobile sostituito, il disponente poteva fare a meno di ordinare la vendita. Il nostro articolo all'incontro permette, che il disponente faccia restituire in ispecie tutti i mobili che vorrà designare, quando pure essi fossero l'unico oggetto della disposizione; così io posso donare a Pietro la mia argenteria (e non altro) col carico di restituirla in ispecie ai suoi figli.

1064 (1020) — Il bestiame e gli utensili inservienti alla coltura delle terre, s'intenderanno compresi nelle donazioni tra vivi o testamentarie delle stesse terre; ed il gravato sarà tenuto solamente a farli stimare e valutare per corrispondere l'eguale valore al tempo della restituzione.

251. La prima disposizione di quest'articolo, utilissima nell'ordinanza, poteva andar non espressa nel Codice.

L'articolo 524 (447) generalizza l'idea bandita dall'ordinanza per le sostituzioni, e dichiara come principio assoluto, che gli animali e gli utensili addetti dal proprietario alla coltura del suo fondo diventano immobili per destinazione, e fanno una cosa sola col fondo; quindi la disposizione del presente articolo, che era eccezionale nell'antico dritto, fa quì una speciale applicazione di un principio di dritto comune. Essendo riconosciuto in principio che gli animali e gli utensili addetti ad un podere sieno legalmente una parte di esso, qualunque sia la disposizione del podere (fosse ella gravata di sostituzione, o una semplice liberalità, ovvero a titolo oneroso) abbraccia evidentemente gli animali e gli utensili, tranne che il contrario non fosse formalmente espresso. Essendo stato decretato il nostro articolo il 3 maggio 1803, e quello della *distinzione dei beni* ai 25 gennaro 1804, si ignorava se si fosse abbracciato il principio dell'immobilizzazione; e quando fu ammesso, non si badò a toglier di mezzo la presente disposizione diventata inutile.

Per questo nuovo principio del Codice,

non solo gli animali e gli utensili sarebbero soggetti alla disposizione del nostro articolo, ma tutti i beni; i quali, mobili per indole loro, sono immobili per destinazione secondo gli articoli 522-525 (445-448); tutti saran compresi nella disposizione dell'immobile di cui legalmente fan parte.

252. Quando il gravato deve conservare gli animali, e gli utensili per restituirli in ispecie; egli non restituirà le identiche cose nello stato in cui potrebbero essere, avvegnacchè per lo più potrebbero non esistere, o per lo meno essere molto svilite. Egli dovrà farle stimare, per restituirne altri di un egual valore: per restituirne *di eguál valore*, diciamo, e non già *un valore* eguale perchè non deve restituire il valore delle cose, ma le cose stesse. L'articolo dell' ordinanza, che i compilatori del Codice vollero riprodurre, e copiarono diceva, *per restituirne di un valore eguale*, e da tutti si riconosce che, o fu soppressa la particella *di* per disaccortezza, o che si è voluto dire: « un valore in animali ed utensili » e non già un valore in danaro.

1065 (1021).—Il gravato dovrà impiegare, nel termine di sei mesi da computarsi dal giorno della ultimazione dello inventario, il contante che sarà trovato, quello proveniente dal prezzo dei mobili ed effetti stati venduti, e ciò che si sarà ricevuto in conto dei crediti ereditari.*

1066 (1022).—Il gravato sarà parimente tenuto ad impiegare il danaro che proverrà in seguito dall'esazione dei crediti, *e dal*l'affrancazione delle rendite, entro *tre mesi* al più tardi dopo seguita l'esazione.

253. Questi, e i due seguenti articoli ci indicano la quarta, ed ultima formalità voluta nello interesse dei chiamati, cioè lo impiego di tutte le somme che fan parte della sostituzione.—Tutte quelle che esistono quando si chiude l'inventario (o che provengano da pagamenti di crediti fatti nello intervallo, dalla morte del disponente alla chiusura dello inventario; o dal ritratto della vendita dei mobili, o da altra qualsivoglia causa) debbono essere impiegate entro sei mesi dal giorno della chiusura, salvo il dritto che ha il gravato di far protrarre il termine, se occorre, dal magistrato.—Quelle somme che provengono da pagamenti fatti dopo chiuso lo inventario, debbono essere impiegate entro tre mesi, dal giorno che si son ricevute.

1067 (1023).—Se il disponente avrà specificato la qualità degli effetti nei quali deve farsi l'impiego, sarà ciò eseguito ai termini della sua disposizione; diversamente non potrà farsi l'impiego medesimo, che coll'acquisto dei beni immobili, o con poziorità d'ipoteca sui beni immobili.

1068 (1024).—L'impiego *prescritto nei* precedenti articoli, sarà fatto coll'*intervento* e ad istanza del tutore *nominato per l'e*secuzione.

254. Sebbene la legge vuole che quando il disponente non abbia indicato l'impiego, si acquistino immobili, ovvero un privilegio sopra immobili; parecchi scrittori (1) insegnano essere bastevole una prima ipoteca; e Vazeille (n. 1.) spingendo più in là cotesta dottrina di arbitrio pretende, che si potrebbe, secondo i casi, esser contento di un' ipoteca di secondo o terzo ordine. La legge ci sembra troppo formale, epperò non possiamo accostarci a tale opinione; stimando con Delvincourt (cap. 4, § 1, sezione 3) Grenier (n. 389) e Demante (II 460) essere indispensabile l'impiego sopra

* Nel corrispondente articolo 1021 delle ll. cc. è stato infine aggiunto:
« Questo termine, quando occorra, potrà prorogarsi. »

(1) Toullier (V-760); Duranton (IX-971), Coin-Delisle (n. 2); *J. du Pal.* (sez. 6).

a privilegio. Indarno si dice che una prima ipoteca sopra un immobile libero valga a privilegio: ciò è falso, avvegnacchè il privilegio vada sempre innanzi l' ipoteca, quando pure fosse nato dopo (art. 2095 (1965)).

Si obbietta che il privilegio non potendo derivare, come l'ipoteca, dalla volontà del donatore, sarebbe troppo difficile farne impiego. Ma si può bene impiegare con privilegio, mercè la surrogazione (articolo 1250-1°, 2°; 2103-2°, 5° (1203-1° 2°; 1972-2°, 5°.;)) e supponendo che il gravato non potesse farla, egli potrebbe sempre comprare immobili.

Se scorsi i termini voluti, il gravato non avesse fatto l'impiego, il tutore di ciò incaricato, potrebbe astringerlo a depositare le somme nella cassa dei depositi. Se egli le lasciasse presso il gravato, e poi andassero perdute per la sostituzione, ne dovrebbe rispondere; avvegnacchè spirato il termine, egli è in colpa di lasciare i capitali a disposizione del gravato (articolo 1073 (1029)).

§ 4. — *Dei provvedimenti ordinati nello interesse dei terzi.*

1069 (1025). — Le disposizioni per atto tra vivi o per testamento, col peso di restituzione, dovranno rendersi pubbliche ad istanza, o del tutore deputato per l' esecuzione, cioè quanto ai beni immobili, mediante la trascrizione degli atti sui registri dell' ufficio delle ipoteche del luogo ove sono situati; e quanto alle somme impiegate sui beni immobili con poziorità d' ipoteca, mediante l'iscrizione sui beni medesimi.

255. Affin di garentire coloro che contraggono col gravato dai danni che potrebbe loro cagionare la ignoranza dell' indole risolubile dei dritti del gravato, la legge obbliga costui, non che il tutore alla disposizione, a render pubblico l'obbligo di restituire che grava sopra i beni.

La pubblicità si ottiene per gl'immobili colla trascrizione dell' atto d'acquisto sopra i registri del Conservatore del luogo ove essi son siti; e per le somme impiegate, colla iscrizione presa contro gl' immobili soggetti al privilegio che deve garentirli giusta l' articolo 1067 (1023).

Così per gl' immobili donati in ispecie dal disponente, si fa trascrivere lo stesso titolo della disposizione (di modo che questa regola di trascrizione che armonizzata con quella dell'art. 939 (863), dove sia una donazione fra vivi, serve a doppio fine, è nuova pei testamenti); per gl'immobili comprati dal gravato, a fin di impiegare le somme sostituite trascrivesi l'atto di vendita, nel quale il tutore ha dovuto far manifesto, che la cosa acquistavasi per la sostituzione; finalmente pei capitali impiegati col privilegio, si farà fare una iscrizione, che menzioni parimente l' obbligo di restituire. — Trattandosi di una seconda liberalità che riferisca l' obbligo di restituire ad una antecedente donazione (art. 1052 (1008)), sarebbe necessario per quei beni così gravati, si trascrivesse tal nuova disposizione al margine della trascrizione della prima; il che non dispenserebbe, se i beni della nuova liberalità fossero essi stessi gravati di sostituzione, di fare una speziale trascrizione del nuovo atto al suo grado, e nell'ufficio dove son siti i beni novellamente donati. — I mobili che fossero conservati in ispecie (articolo 1063 e 1064 (1019 e 1020)), non sarebbero altrimenti garentiti che colla sorveglianza del tutore; se fossero alienati dal gravato, gli acquirenti anche a titolo gratuito sarebbero al coverto per effetto dell'art. 2279 (2185); e i chiamati avrebbero un'azione per essere ristorati dal gravato, ed anche dal tutore, se per parte sua vi fosse stata negligenza.

1070 (1026). — La mancanza di trascrizione dell' atto contenente la disposizione

stamento una disposizione fatta per il tempo in cui il suo autore non sarà più ; e se vien fatta con atto tra vivi, genera di presente, al par della donazione, un gratuito spossessamento. Ciò senza dubbio ha tratto il legislatore a soggettarla in generale a tutte le formalità, condizioni e regole volute per le donazioni o i testamenti. Checchè ne sia, è formale intorno a ciò la volontà della legge.

Così quando si fa per disposizione di ultima volontà , fa mestieri si adoperi una delle tre forme, la olografa, la pubblica, o la mistica (art. 969 (894)) ; inoltre là disposizione è sempre revocabile (art. 895 (815)) nè potrebbe esser fatta da due ascendenti insieme, e con un solo atto (articolo 968 (893)), di che sorge che un padre e una madre non potranno mai fare con atto di ultima volontà la distribuzione comune dei loro beni fra i figli.

La cosa sarebbe imbarazzante, massime per quei beni che compongono la comunione che potrebbe fra loro esistere. Gli è curioso che il legislatore non abbia sottratto alla regola dell'articolo 968 (893) la divisione degli ascendenti ; ma *statuit lex*.

Quando la divisione si fa con atto tra vivi deve essere espressamente accettata (art. 932 (856)) ; è irrevocabile (articolo 894 (814)) e quindi soggetta alle diverse conseguenze del principio: *donner et retenir ne vaut*. Così non solo giusta il nostro articolo non può comprendere altro che i beni presenti (art. 943 (867)), ma non può farsi sotto condizioni che dipendano dalla sola volontà del disponente (art. 944 (868)), nè sotto l'obbligo di pagare altri debiti che quelli che esistessero di presente (art. 948 (869)), nè sotto la riserva che farebbe l'ascendente di disporre appresso delle cose comprese nella divisione (art. 946 (870)).

265. Riconoscono tutti che quando la divisione sia per testamento, i discendenti son tenuti , anche *ultra vires bonorum* (tranne che accettassero l'eredità col beneficio) al pagamento dei debiti del disponente: la è questa una conseguenza del venire i condivisi non già in forza di testamento, e come legatari, ma per l[e]gittima successione, e come eredi: n[on] essendosi dal testamento conferito il d[rit]to , ma regolato il dritto conferito da[lla] legge.

La quistione è più difficile quando l[a] divisione vien fatta con atto tra vivi. To[ul]lier (n. 817, 818) insegna esservi l'obblig[o] di pagare i debiti (quelli presenti, p[er]chè secondo lo art. 945 (869) non p[uò] trattarsi di debiti futuri) quando dall'at[to] sorga che il disponente abbia voluto im[-]porlo. Duranton (n. 630) dice che vi sarà l'obbligo se la disposizione è fatta a titolo universale, e non vi sarà se il disponente non altro ha fatto che attribuire determinati oggetti. Noi non potremmo abbracciare tali idee. In qualunque modo abbia proceduto lo ascendente, vi è sempre in fatto una disposizione universale dacchè si ha una divisione di un patrimonio, di una universalità fra diverse persone chiamate quali comproprietarie di essa, le quali altronde vengono per una specie di anticipata successione. Ora un patrimonio costa della entrata dedotta l'uscita (vedi l'art. 1085 (1041), n. III). Noi dunque opiniamo con Grenier (n. 395) , Delvincourt e Vazeille (n. 3) che l'obbligo di pagare i debiti presenti sia di pieno dritto.

266. Del resto, questa specie di quasi successione non può riguardarsi mancando una finzione positiva nella legge, come una vera successione, dacchè *nulla est viventis haereditas*; e i figli non possono continuare la persona di colui che trasmette, dacchè questi esiste ancora, e di conseguenza i debiti presenti non sarebbero dovuti da loro *ultra vires* , ma soltanto fino alla concorrenza del valore dei beni.

Per quanto spetta ai debiti futuri, i figli non sarebbero tenuti a pagarli, se non quando alla morte del disponente accettassero la eredità di lui, onde raccogliere i beni che avrebbero potuto sopravvenirgli dopo. E in tal caso, accettando puramente, sarebbero tenuti *ultra vires* al pagamento, tanto dei debiti futuri, che di quelli

avrebbero dovuto prima pagare fino valsente delle entrate; dacchè continuando allora la persona del defunto, sarebbero tenuti a tutto ciò che egli doveva.

1077 (1033). — Se nella divisione non o stati compresi tutti i beni lasciati dalcendente al tempo della di lui morte, i non compresi saranno divisi in conformità della legge.

267. La è questa un' applicazione del principio dell' art. 887 (807).

1078 (1034). — Sarà interamente nulla divisione la quale non è stata fatta fra tti i figli che esisteranno al tempo della orte, e fra i discendenti dei figli predefunti. Tanto i figli o i discendenti che non vi ebbero parte, quanto quelli trai quali venne fatta la divisione, potranno provocarne una nuova nelle forme legali. *

268. Una divisione è necessariamente ulla, quando non sia fatta tra tutti gli anti dritto; i quali qui sono tutti i discenenti chiamati alla eredità del disponente la sua morte; se quindi alcuno di essi a trascurato (perchè non fosse nato al empo che si formava l' atto), la divisione nulla per l' intero. Ciò vien dichiarato alla prima parte del nostro articolo. — ssendo la divisione affetta così di nullità, on sarebbe conveniente si costringessero figli che vi sono stati compresi a rimaner empre esposti all' azione dei loro coeredi, no a che fosse loro piaciuto di agire.

Quindi la seconda parte dello articolo ien dichiarando che la divisione è assoutamente nulla per tutti; e che i figli chianativi possono non meno degli altri proocarne una seconda.

D' altronde la divisione è nulla perchè no o più figli si sieno trascurati, quando otesti figli accettino la eredità; avvegnachè se rinunziino non hanno mai avuto ritto alla eredità (art. 785 (702)), e quindi a divisione che è stata fatta tra tutti gli venti dritto resta inappuntabile.

269. Se invece di sopravvenire un figlio dopo formato l'atto, premorisse all' incontro no dei figli condivisi; che cosa avverrebbe? mestieri distinguere se il figlio lasci, o pur no discendenti, e se la divisione sia fatta per donazione o per testamento.

Se la divisione si è fatta per testamento, i beni allora sono trasmessi non per legato ma per successione, se non che tal divisione è stata anticipatamente stabilita fuori le regole ordinarie. Dunque se il predefunto lasci figli, questi rappresentandolo, prenderanno nella eredità del disponente, la porzione stata assegnata al padre loro; se non ne lasci, quelli che sarebbero stati suoi coeredi, son chiamati ciascuno per la loro porzione ai beni che egli dovea prendere; e siccome tali beni non eran tra di loro divisi, bisogna si faccia una divisione suppletoria giusta l' articolo 887 (807).

270. Quando la divisione si è fatta per atto tra vivi, il figlio oggi premorto è stato immediatamente proprietario irrevocabile dei beni attribuitigli; ed è valida l'alienazione che ne avrebbe fatto fra vivi, o per testamento; se non li ha alienato, sono nella sua eredità *ab intestato*. — Se lasciando tali beni nella sua eredità il figlio non ha discendenti, i beni donati si riprenderanno con tal titolo dallo ascendente che ha fatto la divisione (art. 747 (670)); e gli altri condivisi li riprenderanno nell'eredità di costui, facendo per essi una novella divisione (art. 887 (807)). Se egli lasci

* — È valida una divisione *inter filios* fatta dal adre di famiglia, nella quale non sia stata conemplata una figliuola antecedentemente e congruamente dotata, e che dopo la morte del padre bbia rinunziato alla paterna eredità. Corte Surema di Napoli. 25 febbraro 1845.

— È nulla la divisione fatta dal padre trai figli, quando ha omesso uno di essi, supponendolo erroneamente incapace, e mentre riconosce il diritto di una figlia alla legittima, non le assegni per questa alcuna parte di beni. Corte Suprema di Napoli, 28 feb. 1852.

discendenti, cotesti beni apparterranno ad essi se accettano la eredità: rinunziandovi, ritorneranno, come si è detto, all'ascendente donante.

Ma o i figli accettino la eredità del padre, o vi rinunziino, non potranno domandar mai nella eredità del disponente alcuna cosa dei beni divisi, non potendo venire alla eredità per rappresentazione; ora il figlio che vien rappresentando il padre, è obbligato a conferire il dono fatto a costui, quando pure rinunzia la eredità di lui (art. 844 (763)) : essi quindi riceverebbero da una mano per restituire dall' l'altra.

Altra conseguenza dell' essere il condiviso di presente investito colla divisione fra vivi, come sarebbe per una donazione ordinaria, si è, che una rinunzia alla eredità del disponente, non farebbe che il condiviso non conservasse i beni ricevuti.

1079 (1035). — La divisione fatta dall' ascendente potrà impugnarsi per titolo di lesione oltre il quarto: potrà egualmente essere impugnata nel caso in cui risultasse dalla divisione e dalle disposizioni fatte per anteparte, che uno dei condividenti abbia un vantaggio maggiore di quello che la legge permette. *

271. La legge nel dichiarare la divisione degli ascendenti rescindibile per lesione di oltre un quarto, applica il principio generale dell' articolo 887 (807). Così non bisogna quì badare al valore della riserva, non trattandosi di una liberalità, e della distinzione de' beni riservati e disponibili ; trattandosi d' una divisione, è necessario indagar solo se il figlio abbia o pur no ottenuto per lo meno i tre quarti della sua intera porzione (art. 887 (807). Non avendo i tre quarti potrà dolersi quando pure avesse più della sua riserva; se egli ha i tre quarti, non potrà domandarli quando pure avesse meno della sua riserva.

Supponiamo che un patrimonio di 60 mila fr. debba dividersi tra due figli, e il padre, anzichè dare esattamente o presso a poco a ciascheduno 30,000 fr. assegni all'uno 38,000 e all'altro soltanto 22,000. Quest'ultimo ha più della sua riserva (che nella specie sarebbe 20,000 fr.); ma siccome non ha i tre quarti della sua metà nei beni divisi (essendo la metà 30,000, i tre quarti sarebbero 22,500), egli potrà far rescindere la divisione.

Supponiamo ora un patrimonio di 80 mila fr., tre figli e una donazione di 20 mila fr. fatta ad un estraneo, *o per precapienza* ad uno dei figli, per cui i *beni* a dividersi sarebbero ridotti a 60.000 fr.: il padre lascia ad uno 25,000, al secondo 20,000, e al terzo soltanto 15.000 fr. Questi non ha la sua riserva (che nella specie sarebbe un quarto di tutto il patrimonio, ossia 20,000 fr.); ma siccome ha i tre quarti della porzione che spettavagli nei 60.000, non avrebbe dritto di far rescindere la divisione.

272. Il fin qui detto suppone che l' ascendente possa distribuire soltanto a' suoi figli la loro riserva, dando poi tutto il suo disponibile, o ad uno dei figli (per precapienza) o a qualunque altro; e che nella divisione che ha per solo *oggetto la riserva*, il figlio non possa dolersi, avendo avuto i tre quarti della sua *porzione nei* beni divisi. Difatti le *conseguenze allora* sarebbero le medesime, *che se il* padre dopo dato il suo *disponibile* fosse morto senza dividere il rimanente ; la divisione della riserva secondo le disposizioni ordinarie del titolo *delle Successioni* non avrebbe potuto nemmanco essere impugnata; non essendovi alcuno dei condividenti leso di oltre un quarto (art. 887 (807).

Pur nondimeno, perchè in tal caso non

* — Quando il padre di famiglia ha prescritto il metodo di divisione tra i suoi figli, indicando gli stabili che ognun di essi dovrà prendere nella divisione, non può dal magistrato disporsi una divisione ordinaria, senza evitare che il metodo ordinato dal padre di famiglia offende i diritti che la legge garentisce nei figli. Corte Supr. di Napoli, 9 sett. 1847.

possa impugnarsi la divisione, è mestieri che il disponibile non sia dato ad un figlio la parte del quale sarebbe molto più grande perchè il tutto insieme eccedesse i valori riuniti del disponibile, ed una porzione esatta di riserva. Ad esempio, se nella seconda riferita ipotesi la porzione di 25,000 fr. fosse assegnata nella divisione al figlio che ne riceve per precapienza 20,000, sarebbe da rescindersi tal divisione, giusta la seconda disposizione del nostro articolo, avvegnacchè il figlio avesse così 45,000 fr. mentre riunito il disponibile, e il terzo esatto della riserva ascendono a 40,000 fr. Il legislatore in tal caso presume che l'ascendente abbia voluto far la divisione permessa dal nostro capitolo in frode della legge, e perchè un figlio possa riunire più della riserva e del disponibile.—D'altronde dai termini stessi del nostro articolo ben si scorge che in tal caso potrebbe solo annullarsi la divisione; la disposizione con titolo di precapienza sortirebbe il suo effetto, salvo un' altra divisione secondo le regole ordinarie.

273. Essendo una divisione quella disposizione di cui in questo luogo tratta la legge, si dovranno quindi applicare ad essa le regole ordinarie della divisione non derogate dal nostro articolo. È forza pertanto decidere giusta l'articolo 891 (811) che le due cause di rescissione indicate dal nostro articolo verrebbero meno, se nel primo caso si offrisse il supplimento a chi non ha i tre quarti della sua porzione, e se nel secondo quegli che è molto vantaggiato si offrisse a restituire quel che abbia ricevuto oltre a ciò che la legge permetteva. In fatti non vi sarebbe più alcuno interesse a domandare la rescissione.

274. Vedremo sotto l'art: 1304 (1258) che l'azione accordata dal nostro articolo, anche se vi sia donazione tra vivi, si apre per la morte dell'ascendente, e quindi da quel giorno incomincia a correre il termine dei dieci anni per cui si prescrive.

1080 (1036).—Il figlio che per alcuna delle cause espresse nell' antecedente articolo, impugni la divisione fatta dall' ascendente, dovrà anticipare le spese della stima; e vi sarà definitivamente condannato non che in quella della lite, se il reclamo non è fondato.

275. La legge presumendo, finchè il contrario non si provi, che la divisione dell'ascendente siesi fatta come dovea essere, nè volendo che il figlio sia troppo corrivo a chiedere la rescissione, dichiara, che non solo l' attore sarà obbligato anticipare le spese della stima che si dovrà fare dei beni, ma se è perdente pagherà non solo quelle non che le altre spese della lite, sebbene di ordinario i giudici abbiano facoltà di compensare queste ultime, quando il piato è tra fratelli.

Cotesta eccezione all'art. 131 (221) del Codice di procedura non farebbeche non si applicasse la sua disposizione al caso inverso. Così, quando avrà vinto l'attore nella rescissione, i giudici potranno nondimeno fargli sostenere una parte di spese.

CAPITOLO OTTAVO

DELLE DONAZIONI FATTE PER CONTRATTO DI MATRIMONIO AGLI SPOSI ED AI FIGLI CHE NASCERANNO DAL MATRIMONIO.

276. Abbiamo veduto sotto l' art. 896 (941), num. II, che nonostante il contrario avviso di Merlin e Toullier non v' ha sotto l' impero del Codice donazioni per causa di morte, che le liberalità eccezionali di cui trattano il presente e il seguente capitolo, sono sempre donazioni fra vivi, soggette alle ordinarie regole per tutti i casi, tranne quelli formalmente eccettuati.

Le donazioni trattate nel nostro VIII capitolo sono di quattro specie: 1. donazioni ordinarie di beni presenti (articolo 1081 (1037)) — 2. donazioni di beni futuri (articoli 1082, 1083 (1038, 1039)); — 3. donazioni cumulative di beni presenti e futuri (art. 1084, 1085 (1040, 1041)), — infine donazioni fatte senza spossessamento irrevocabile del donante, come eccezione alla regola *donare e ritenere non vale*, stanziata dagli articoli 944-946 (868-870) (articolo 1086 (T)).

Le quattro specie han regole proprie, oltre a quelle comuni a tutti.

Così: 1. elle non son nulle per mancanza di espressa accettazione (art. 1087 (1042)); — 2. son sempre fatte sotto la tacita condizione che si farà il matrimonio (art. 1088 (1043)); — 3. si presumono di pieno dritto fatte (tranne quelle della prima specie) ai figli nascituri dal matrimonio (art. 1082, 1086, 1089 (1038, T, 1044)); — 4. sono caduche (tranne pure quelle della prima specie) se il donante sopravviva al conjuge donatario e ai suoi figli venuti dal matrimonio (articolo 1089 (1044)); — 5. sono da ridursi, come le altre tutte, alla porzione disponibile (articolo 1090 (1045)); — 6. parimenti come le altre, son rivocate di pieno dritto per la sopravvenienza di figli (art. 960 (885)); — 7. ma non sono rivocabili per cagion d' ingratitudine.

1081 (1037). — Ogni donazione tra vivi dei beni presenti, quantunque fatta per contratto di matrimonio agli sposi o ad uno di essi sarà sottoposta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a questo titolo.

Essa non potrà aver luogo a vantaggio dei figli da nascere, se non ne' casi espressi nel capitolo VI di questo titolo.*

277. Le regole generali che governano le donazioni fatte per contratto di matrimonio le quali hanno per obbietto beni presenti, sono: la riduzione alla porzione disponibile; la revoca per sopravvenienza di figli, la trascrizione, se trattisi di immobili (art. 939 (863)); lo stato estimativo pei mobili (art. 948 (872)); il non poter farsi a chi non sia ancora concepito (articolo 906 (822)); lo spossessamento presente e irrevocabile del donante. Gli è vero che qui il donante può non ispogliarsi irrevocabilmente (art. 1086 (T)); ma in tal caso non più sarebbe una donazione di beni presenti propriamente detta, di cui parla il nostro articolo, e che appartiene alla prima delle quattro surriferite classi; ma una donazione della quarta classe, prevista dall' art. 1086 (T) e differente dall' altra: 1.° perchè stimasi fatta non che al conjuge, ma ai suoi figli da nascere dal matrimonio; 2.° perchè è caduca (quando occorre) per la sopravvivenza del donante allo sposo e ai figli.

Abbiamo detto che la donazione fatta del modo preveduto nell'art. 1086 (T) si fa di pieno dritto ai figli nascituri non che allo stesso sposo; ma all'incontro, la donazione regolare di beni presenti preveduta dal nostro articolo non potrebbe comprendere i figli, anche se formalmente li chiami, (eccettone il caso della sostituzione): il che vien positivamente dichiarato dal nostro secondo paragrafo.

Così la donazione per contratto *di matrimonio* e quella ordinaria *differiscono tra* loro in ciò: 1. che la prima *non deve* essere espressamente accettata (*artic.* 1087 (1042); 2. che è sempre condizionale (articolo 1088 (1043)); e 3. che non è revocabile per cagion di ingratitudine (art. 959 (884)). — Del resto, è ben chiaro che dall'anno 1826 al 1849 non solo nei casi indicati nel capitolo VI (val quanto dire se il donante sia padre o fratello dello sposo donatario) potevano chiamarsi i figli colla

*—Nelle donazioni a contemplazione di matrimonio i figli succedono come eredi del padre, salvo il caso di una opposta dichiarazione. Corte Suprema di Napoli, 25 sett. 1839.

ostituzione fedecommessaria, ma in tutti casi possibili, avvegnacchè le disposizioni on l'obbligo di restituire ai figli potessero farsi allora in vantaggio di qualunque persona.

1082 (1038).—I padri e le madri, gli altri ascendenti, i parenti collaterali degli sposi ed anche gli estranei, potranno per contratto di matrimonio disporre di tutti o di parte dei beni che lasceranno in tempo della loro morte, tanto a favore dei detti sposi, che dei figli da nascere dal loro matrimonio, nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo donatario.

Tal donazione, quantunque fatta a vantaggio soltanto degli sposi o di uno di essi si presumerà sempre, nel suddetto caso di sopravvivenza del donante, falta a favore dei figli e discendenti che nasceranno da quel matrimonio.*

SOMMARIO

I. Donazione dei beni futuri. Da chi può esser fatta: errore di Grenier. — Non può farsi che nel contratto di matrimonio: errore di Toullier e di Vazeille.— Può farsi a titolo particolare: Confutazione di Duranton.

II. La donazione può farsi ad uno dei conjugi, o ad entrambi, e per la premorienza di questi, può estendersi ai discendenti che verranno dal matrimonio.—Lo estendersi ai discendenti si presume di pieno dritto, quando tace il testatore, ma vien meno quando vi sia una formale esclusione. Confutazione di Coin-Delisle.

III. I figli e discendenti non vengono nè per sostituzione fedecommissaria, nè per la volgare: censura di Demante e di Duranton. —Devonsi applicare ai nipoti le regole della rappresentazione.

IV. Sebbene il donante possa escludere i figli, pure non può chiamarli in parti ineguali, nè solamente uno o parecchi; potendolo solo (innanzi il 1849) colla sostituzione, che è qui permessa, come nelle donazioni di beni presenti. L'antica clausola di associazione non può più ammettersi.

V. Il donatario non è tenuto ai debiti ultra vires. Quid, *del rilascio?*

I.—278. La disposizione di cui è discorso, è quella che, secondo l'uso, noi abbiamo spesso nominato ***istituzione contrattuale***. Tal nome un tempo le conveniva pienamente, essendo infatti una ***istituzione*** di erede fatta per ***contratto***; ma non è rigorosamente esatta oggi. che non vi sono altri eredi che i successori chiamati dalla stessa legge, e che la volontà dell'uomo può far solo donatari o legatari (art. 893 (813)). Oggi, come vien provato dall'art. 893 (813) e dalla rubrica del nostro capitolo, e dagli art. 1082, 1083 e 1089 (1038, 1039 e 1044), dessa non è altro, che una donazione fra vivi, ***una donazione di beni futuri***, e fa uopo supplire alle regole speziali di questa maniera di disporre, con quelle generali delle donazioni, non che con le altre delle successioni o dei testamenti.

La donazione dei beni futuri può farsi da qualunque, sia o pur no parente del donatario; ciò viene espresso positivamente dal nostro articolo. Ma qui non parliamo dei doni fatti da uno dei coniugi all'altro, di cui la legge si occuperà nell'art. 1093 (1048) del seguente capitolo. Del resto, quando la legge dichiara, che siffatta donazione è permessa a qualsivoglia persona, la suppone capace di fare una dona-

*—Non può definirsi istituzione contrattuale la donazione di somma certa sopra beni presenti, fatta allo sposo nel contratto di matrimonio, con riserva dell'usufrutto a pro del donante, e col divieto al donatario di alienare la proprietà durante la vita del donante medesimo. Corte Suprema di Napoli, 8 marzo 1851.

— Una donazione per contratto di matrimonio in forma di istituzione contrattuale, è valida ancorchè stipulata prima delle nuove leggi. Corte Suprema di Napoli, 11 gennaro 1855.

zione. Così essa, come qualunque altra, non può farsi da un minore (art. 903 e 904 (819 e 820)), e nemmanco dalla donna maritata senza autorizzazione (articolo 905 (821)). La contraria dottrina di Grenier (n. 431 alla fine) è un errore manifesto che non poteva non rigettarsi, come è stato, da tutti gli scrittori.

279. Essendo evidente che tale donazione non può farsi che per contratto di matrimonio; non si sa comprendere la contraria sentenza di Toullier, non discussa, da Duvergier, ma riprovata del pari da tutti gli scrittori. In vero, se per essa si attribuiscono dritti sopra una successione futura, si fa una convenzione sopra una successione non aperta; se simigliante convenzione in principio è proibita (art. 1030 (985) ed il nostro articolo nel permetterla per un caso particolare, stabilisce per conseguenza un'eccezione al dritto comune; se come tale non può mai estendersi oltre i suoi termini, forza è attenersi al nostro testo, il quale non permette la disposizione dei beni che si lasceranno dopo morte che *per contratto di matrimonio*. Noi ritorneremo più d'una volta sulla idea che dessa sia una disposizione eccezionale, all'infuori della quale si rientra nella proibizione dell'art. 1130 (1084).

280. Il nostro articolo permette la donazione di tutti *o parte* dei beni che il donante morendo lascerà. Duranton insegna (n. 676) che la legge parla solo di una *parte aliquota*, e non di cose donate a titolo particolare; onde io potrei donare come beni futuri la metà, il terzo, il quarto del mio patrimonio, e non già tal casa, o una somma di denaro. Ma su di che appoggia egli cosiffatta decisione? Duranton nol dice; pure ciò sarebbe stato utile. Forse sul senso della parola *parte*? Ma la liberalità d'una parte dei beni s'intende, nella legge, indistintamente di una disposizione a titolo universale ovvero a titolo particolare (art. 895, 1048, 1049, ecc. (815, 1003, 1004, ecc.)). Certamente non sarà più l'antica istituzione contrattuale, ma l'antica donazione a causa di morte, una donazione di beni futuri. Or dov'è il testo che restringa tal donazione alla disposizione a titolo universale?..... Duranton vuole che qualunque donazione di cose particolari sia sempre considerata siccome donazione di beni presenti; così quando io ho donato tal cosa determinata affinchè il donatario se l'abbia *alla mia morte*, egli dice che dessa sia una donazione ordinaria, la quale produrrà la privazione presente ed irrevocabile, contenendo solo una riserva di usufrutto pel disponente. Ma veramente in tal modo non si tratta, ma si schiva la quistione... Suppongasi che io abbia detto positivamente: « Io vi dono 20,000 fr. *da prenderli alla mia successione* » ovvero « Vi dono la mia casa, ma come cosa futura, e solo in quanto si troverà più tardi nella mia successione, ed io non ne avrò disposto a titolo oneroso (art. 1083 (1039)) »; converrà in tal caso confessare che non sarebbe più una donazione di beni presenti, ed in vece rispondere nettamente alla quistione se sia nulla o valida. Duranton dirà di certo essere nulla; ma a noi, come a Coin-Delisle (n. 14-18), sembra evidente che sia valida. Non v'ha dubbio, nei casi ordinarî sarà senza effetto giusta lo art. 947 (871) il quale sancisce la nullità di qualunque donazione di beni futuri; ma sarà fatta validamente a uno sposo nel suo contratto di matrimonio giusta il nostro art. 1083 (1038) e l'art. 947 (871) che dichiara *non applicabile* l'art. 943 (867) alle donazioni, di cui parla il nostro capitolo (1).

II. — 281. Vediamo ora a vantaggio di quali persone possa farsi la donazione di beni futuri.

Essa può farsi in pro 1° o di uno degli sposi, ovvero 2° di ambidue, o 3° di uno o di entrambi, o della prole nascitura dal matrimonio.

E dapprima, può farsi per un solo degli sposi; poichè se il paragrafo 1° del nostro articolo non parla che *degli sposi*,

(1) Rig., 1 marzo 1821; Rouen, 5 marzo 1834, Rig., 13 luglio 1835 (Dev., 36, 1, 154).

condo dice immediatamente degli sposi *no di essi*. Lo si può per tutti i figli, ti e pronipoti nascituri dal matrimo- ; poichè se il paragrafo 1° in sul cipio dice figlio, il secondo subito iunge : i figli *e discendenti*.— Ma nol può per i discendenti solamente, do- dosi riguardare gli sposi ed i discen- ti ; prima gli sposi (o uno di essi), poi la sua discendenza ; perocchè la ge non permetta la disposizione in van- gio de' figli che « nel caso in cui il nante sopravviva *allo sposo donatario* ». sì è uopo chiamare, prima o uno degli osi, o tutti e due in prima linea ; ed è cito chiamare i loro discendenti solo nella conda linea e nel caso in cui i primi natari premuoiano : in breve, la dona- ne non può farsi principalmente ai fi- i, ma solo estendersi ad essi allorchè i natari principali premorissero.

282. Se non chè il chiamare i discen- enti è permesso, ma non già obbligato- o, potendo chiamarsi il padre e la ma- re o uno di essi, e respingere quelli. li è vero che i discendenti sono riguar- ati con tanto favore che se il donante on ne parli, la donazione si presume di ieno dritto fatta a loro vantaggio ; ma uesta è una presunzione, e come tale vien eno mercè una dichiarazione di volontà ifferente. Tutti gli scrittori erano in ciò oncordi, allorchè si è fatto innanzi Coin- elisle a sostenere una dottrina contraria n. 29 a 35).

Egli allega in sulle prime l'antico drit- o. Ma noi abbiamo osservato, e lo stesso oin-Delisle altrove (n. 52) lo ammette- a, che nulla può cavarsi dall'antico dritto ntorno a questa materia. Aggiunge che ssendo questa una presunzione legale, non può ammettersi alcuna prova contro di essa. Se non che la legge non nega la prova ontraria che per le presunzioni sul fon- lamento delle quali essa pronunzia la nul- ità (art. 1352 (1306)), e qui non trattasi di nullità.—Argomentando poi dall'essersi olte nel progetto le seguenti parole con cui finiva il nostro articolo, *se il contra- rio non sia stato espresso*, e dall'essersi aggiunta poco dopo la parola *solamente*, ne conchiude che la facoltà di non chia- mare i figli, la quale doveva, giusta il pro- getto, concedersi, è stata tolta via, e che i figli dovranno sempre goderne nonostante la espressa e non equivoca dichiarazione del donante di voler donare *agli sposi so- lamente*. Se non che se al tòrsi via quelle parole, e molto più all'aggiungersi l'altra *solamente* si fosse dato tal senso rigoro- so ; se si fosse voluto dire che i discen- denti sarebbero sempre chiamati nonostante la formale espressione di una volontà con- traria, non si sarebbe detto certamente che la donazione si *presumerebbe* fatta in loro vantaggio, ma piuttosto sarebbe (o repute- rebbesi) fatta in loro vantaggio. Certo non si presume se non quello che non è espresso, per modo che se il disponente dichiari positivamente *no*, la legge può nondimeno dire che sarà *sì*, ma non già che tal *sì* fosse *presunto*. Dunque dall' essersi con- servata la parola *presunto* emerge chiaro che le parole *se il contrario* . . . . . fu- rono tolte come inutili, e che la parola *solamente* aggiunta non già pel caso in cui il disponente avesse positivamente dichiarato *donare solo* al padre ed alla madre escludendone così i figli, ma per il caso in cui avesse *dichiarato solo* do- nare al padre ed alla madre, senza par- lare dei figli : in altri termini la donazione potrà essere, ed in effetto si *presumerà* fatta in vantaggio dei figli allorchè in quella non si farà punto cenno di essi.

Coin-Delisle appoggia ancora la sua opi- nione sull'indole del nostro articolo del tutto eccezionale, con dire che essendo per ciò proibito tutto quello che non permettesi, è forza restare ne' termini del primo pa- ragrafo, il quale, a suo dire, autorizza la liberalità quando si faccia *tanto agli sposi che ai figli*. L' argomento non è felice ; poichè il 1° paragrafo usa evidentemente parole niente imperative, che bisogna chiarire col secondo ; cotal che se atte- nendosi a quello sembra che la donazione non possa farsi che ai due sposi ad un tempo, e che si estenda a' figli del pri- mo grado, il rimanente dell'articolo ci sog-

Le donazioni trattate nel nostro VIII capitolo sono di quattro specie: 1. donazioni ordinarie di beni presenti (articolo 1081 (1037)) — 2. donazioni di beni futuri (articoli 1082, 1083 (1038, 1039)); — 3. donazioni cumulative di beni presenti e futuri (art. 1084, 1085 (1040, 1041)), — infine donazioni fatte senza spossessamento irrevocabile del donante, come eccezione alla regola *donare e ritenere non vale*, stanziata dagli articoli 944-946 (868-870) (articolo 1086 (T)).

Le quattro specie han regole proprie, oltre a quelle comuni a tutti.

Così: 1. elle non son nulle per mancanza di espressa accettazione (art. 1087 (1042)); — 2. son sempre fatte sotto la tacita condizione che si farà il matrimonio (art. 1088 (1043)); — 3. si presumono di pieno dritto fatte (tranne quelle della prima specie) ai figli nascituri dal matrimonio (art. 1082, 1086, 1089 (1038, T, 1044)); — 4. sono caduche (tranne pure quelle della prima specie) se il donante sopravviva al conjuge donatario e ai suoi figli venuti dal matrimonio (articolo 1089 (1044)); — 5. sono da ridursi, come le altre tutte, alla porzione disponibile (articolo 1090 (1045)); — 6. parimenti come le altre, son rivocate di pieno dritto per la sopravvenienza di figli (art. 960 (885)); — 7. ma non sono rivocabili per cagion d' ingratitudine.

1081 (1037). — Ogni donazione tra vivi dei beni presenti, quantunque fatta per contratto di matrimonio agli sposi o ad uno di essi sarà sottoposta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a questo titolo.

Essa non potrà aver luogo a vantaggio dei figli da nascere, se non ne' casi espressi nel capitolo VI di questo titolo.*

277. Le regole generali che governano le donazioni fatte per contratto di matrimonio le quali hanno per obbietto beni presenti, sono: la riduzione alla porzione disponibile; la revoca per sopravvenienza di figli, la trascrizione, se trattisi di immobili (art. 939 (863)); lo stato estimativo pei mobili (art. 948 (872)); il non poter farsi a chi non sia ancora concepito (articolo 906 (822)); lo spossessamento presente e irrevocabile del donante. Gli è vero che qui il donante può non ispogliarsi irrevocabilmente (art. 1086 (T)); ma in tal caso non più sarebbe una donazione di beni presenti propriamente detta, di cui parla il nostro articolo, e che appartiene alla prima delle quattro surriferite classi; ma una donazione della quarta classe, prevista dall' art. 1086 (T) e differente dall' altra: 1.° perchè stimasi fatta non che al conjuge, ma ai suoi figli da nascere dal matrimonio; 2.° perchè è caduca (quando occorre) per la sopravvivenza del donante allo sposo e ai figli.

Abbiamo detto che la donazione fatta del modo preveduto nell'art. 1086 (T) si fa di pieno dritto ai figli nascituri non che allo stesso sposo; ma all'incontro, la donazione regolare di beni presenti preveduta dal nostro articolo non potrebbe comprendere i figli, anche se formalmente li chiami, (eccettone il caso della sostituzione): il che vien positivamente dichiarato dal nostro secondo paragrafo.

Così la donazione per contratto di matrimonio e quella ordinaria differiscono tra loro in ciò: 1. che la prima non deve essere espressamente accettata (artic. 1087 (1042); 2. che è sempre condizionale (articolo 1088 (1043)); e 3. che non è revocabile per cagion di ingratitudine (art. 959 (884)). — Del resto, è ben chiaro che dall'anno 1826 al 1849 non solo nei casi indicati nel capitolo VI (val quanto dire se il donante sia padre o fratello dello sposo donatario) potevano chiamarsi i figli colla

*— Nelle donazioni a contemplazione di matrimonio i figli succedono come eredi del padre, salvo il caso di una opposta dichiarazione. Corte Suprema di Napoli, 25 sett. 1839.

Duranton (n. 702) è un errore fondato idenlemente sopra un circolo vizioso.

Dice il dotto professore, che i figli conguiscono il donato se lo sposo rinuncii, sendo sostituiti volgarmente; ma per dire ie essi sieno sostituiti in tal modo, è uopo ima supporre che ne abbiano il dritto ella ipotesi del ripudio, ed in tutte le tre in cui lo sposo donatario non coneguisse. Dunque Duranton ammette come rincipio ciò che propriamente costituisce a quistione.....Ecco in due parole la vera ottrina: Per principio la donazione di beni uturi è proibita (art. 943 (867)); dunque l nostro articolo, permettendola, costituice un' eccezione, la quale come ogni altra deve interpretarsi ristrettivamente e non estendersi oltre i suoi termini. Or juesto articolo non la permette per i figli lello sposo donatario, che nel caso in cui juesti muoja prima del donante; essa dunjue rimane proibita, se quegli sopravviva, e quindi non è una sostituzione volgare. — Duranton insegna che il dritto de' figli ncominci non solo per la rinuncia dello sposo donatario, ma anche per la sua *inlegnità:* idea meno infelice dell'altra. In vero, qui non trattasi di successione, ma li donazione, per la quale non havvi altra ndegnità che la ingratitudine. Ma dichiarando appunto l'articolo 959 (884)) che la ingratitudine non sia causa di revoca per le donazioni, fatte in favore del matrimonio, ne consegue che non può esservi nel nostro argomento indegnità di sorta.

285. Quantunque il testo non l'accenni, non può affatto dubitarsi, che il Codice chiama dopo i figli gli altri discendenti, il fa nel solo caso di premorienza dei primi e nel trasmettere i beni a tutta la discendenza, non altrimenti che in una successione, vuole che si applichino regole analoghe a quelle delle successioni.

Così, se il donatario al donante lasciando a un tempo figli e nipoti, coloro fra quest' ultimi che avessero ancora il padre non potrebbero succedere, neppure se questi rinunziasse (art. 744 (666)); coloro, di cui il padre fosse premorto, lo rappresenterebbero per concorrere con gli altri figli, loro zii; e se essendo premorti tutti i figli esistessero solo nipoti, succederebbero per istirpi e non già per capi.

IV. — 286. È stato dimandato se il donante possa riservarsi, nel caso premorisse il donatario, di distribuire egli stesso i beni inegualmente, ed a sua volontà a' discendenti di quest'ultimo, ovvero donarli in totalità a chi fra essi gli piacerà a suo tempo designare

Gli è certo che lo possa; avvegnacchè sarebbe lo stesso che dire volere riprendere nel caso di premorienza i beni per usarne a sua posta: or noi abbiamo provato contro la opinione di Coin-Delisle che il donante può stipulare la caducità della donazione allorchè premorisse il donatario. In tal caso non vi sarebbe di serio che la sola stipulazione della caducità, e la quasi-promessa di una donazione futura non sarebbe evidentemente affatto obbligatoria. Ma potrà sin d' allora attribuire ineguulmente i beni ai figli, o donarli tutti a un solo, per esempio, al primo figlio maschio che nascerà? Gli è certo che no, checchè ne dicano Dalloz (cap. 1, sez. 3) e Vazeille (n. 5). In vero, il nostro articolo, di là del quale si ricade sempre nel divieto dell'art. 943 (867), non permette la donazione de' beni futuri che *a' figli e discendenti* unitamente e perciò con dritti uguali; di guisa che non sia lecito attribuir loro parti ineguali, nè chiamare uno o più escludendo gli altri. Sotto l'impero della legge del 1826 il donante poteva disporre in tal modo; ma più che per una semplice donazione di beni futuri, il faceva con una sostituzione, obbligando lo sposo donatario a conservare i beni per restituirli ugualmente o inegualmente ad uno o più de' figli di lui.

287. Quel che si è detto suppone che si possa dopo il Codice, come lo si poteva un tempo, fare una sostituzione nella donazione dei beni futuri. Ed in vero, gli art. 1048 e 1049 (1003 e 1004) non fanno alcuna distinzione fra quelle di beni futuri, e quelle di beni presenti, ond' è che permettono la sostituzione in ambedue. Ma potrebbesi forse, siccome permettevalo an-

zione. Così essa, come qualunque altra, non può farsi da un minore (art. 903 e 904 (819 e 820)), e nemmanco dalla donna maritata senza autorizzazione (articolo 905 (821)). La contraria dottrina di Grenier (n. 431 alla fine) è un errore manifesto che non poteva non rigettarsi, come è stato, da tutti gli scrittori.

279. Essendo evidente che tale donazione non può farsi che per contratto di matrimonio; non si sa comprendere la contraria sentenza di Toullier, non discussa da Duvergier, ma riprovata del pari da tutti gli scrittori. In vero, se per essa si attribuiscono dritti sopra una successione futura, si fa una convenzione sopra una successione non aperta; se simigliante convenzione in principio è proibita (art. 1030 (985) ed il nostro articolo nel permetterla per un caso particolare, stabilisce per conseguenza un'eccezione al dritto comune; se come tale non può mai estendersi oltre i suoi termini, forza è attenersi al nostro testo, il quale non permette la disposizione dei beni che si lasceranno dopo morte che *per contratto di matrimonio*. Noi ritorneremo più d'una volta sulla idea che dessa sia una disposizione eccezionale, all'infuori della quale si rientra nella proibizione dell'art. 1130 (1084).

280. Il nostro articolo permette la donazione di tutti *o parte* dei beni che il donante morendo lascerà. Duranton insegna (n. 676) che la legge parla solo di una *parte aliquota*, e non di cose donate a titolo particolare; onde io potrei donare come beni futuri la metà, il terzo, il quarto del mio patrimonio, e non già tal casa, o una somma di denaro. Ma su di che appoggia egli cosiffatta decisione? Duranton nol dice; pure ciò sarebbe stato utile. Forse sul senso della parola *parte*? Ma la liberalità d'una parte dei beni s'intende, nella legge, indistintamente di una disposizione a titolo universale ovvero a titolo particolare (art. 895, 1048, 1049, ecc. (815, 1003, 1004, ecc.)). Certamente non sarà più l' antica istituzione contrattuale, ma l' antica donazione a causa di morte, una donazione di beni futuri. Or dov' è il testo che restringa tal donazione alla disposizione a titolo universale?..... Duranton vuole che qualunque donazione di cose particolari sia sempre considerata siccome donazione di beni presenti; così quando io ho donato tal cosa determinata affinchè il donatario se l' abbia *alla mia morte*, egli dice che dessa sia una donazione ordinaria, la quale produrrà la privazione presente ed irrevocabile, contenendo solo una riserva di usufrutto pel disponente. Ma veramente in tal modo non si tratta, ma si schiva la quistione... Suppongasi che io abbia detto positivamente: « Io vi dono 20,000 fr. *da prenderli sulla mia successione* » ovvero « Vi dono la *mia* casa, ma come cosa futura, e solo in quanto si troverà più tardi nella mia successione, ed io non ne avrò disposto a titolo oneroso (art. 1083 (1039)) »; converrà in tal caso confessare che non sarebbe più una donazione di beni presenti, ed in vece rispondere nettamente alla quistione se sia nulla o valida. Duranton dirà di certo essere nulla; ma a noi, come a Coin-Delisle (n. 14-18), sembra evidente che sia valida. Non v'ha dubbio, nei casi ordinarî sarà senza effetto giusta lo art. 947 (871) il quale sancisce la nullità di qualunque donazione di beni futuri; ma sarà fatta validamente a uno sposo nel suo contratto di matrimonio giusta il nostro art. 1083 (1038) e l'art. 947 (871) che dichiara *non applicabile* l' art. 943 (867) alle donazioni, di cui parla il nostro capitolo (1).

II. — 281. Vediamo ora a vantaggio di quali persone possa farsi la donazione di beni futuri.

Essa può farsi in pro 1° o di uno degli sposi, ovvero 2° di ambidue, o 3° di uno o di entrambi, o della prole nascitura dal matrimonio.

E dapprima, può farsi per un solo degli sposi; poichè se il paragrafo 1° del nostro articolo non parla che *degli sposi*,

(1) Rig., 1 marzo 1821; Rouen, 5 marzo 1834, Rig., 13 luglio 1835 (Dev., 36, 1, 154).

Duranton (n. 702) è un errore fondato lentemente sopra un circolo vizioso. Dice il dotto professore, che i figli conuiscono il donato se lo sposo rinuncii, endo sostituiti volgarmente; ma per dire essi sieno sostituiti in tal modo, è uopo na supporre che ne abbiano il dritto a ipotesi del ripudio, ed in tutte le e in cui lo sposo donatario non conuisse. Dunque Duranton ammette come ncipio ciò che propriamente costituisce quistione.....Ecco in due parole la vera ttrina: Per principio la donazione di beni turi è proibita (art. 943 (867)); dunque nostro articolo, permettendola, costituie un' eccezione, la quale come ogni tra deve interpretarsi ristrettivamente e non estendersi oltre i suoi termini. Or iesto articolo non la permette per i figli ello sposo donatario, che nel caso in cui iesti muoja prima del donante; essa dunue rimane proibita, se quegli sopravviva, quindi non è una sostituzione volgare. -Duranton insegna che il dritto de' figli icominci non solo per la rinuncia dello poso donatario, ma anche per la sua *indegnità:* idea meno infelice dell'altra. In ero, qui non trattasi di successione, ma i donazione, per la quale non havvi altra ndegnità che la ingratitudine. Ma dichiaando appunto l'articolo 959 (884)) che la ngratitudine non sia causa di revoca per e donazioni, fatte in favore del matrinonio, ne consegue che non può esservi el nostro argomento indegnità di sorta.

285. Quantunque il testo non l'accenni, non può affatto dubitarsi. che il Codice hiama dopo i figli gli altri discendenti, il a nel solo caso di premorienza dei primi e nel trasmettere i beni a tutta la discendenza, non altrimenti che in una successione, vuole che si applichino regole analoghe a quelle delle successioni.

Così, se il donatario al donante lasciando a un tempo figli e nipoti, coloro fra quest' ultimi che avessero ancora il padre non potrebbero succedere, neppure se questi rinunziasse (art. 744 (666)); coloro, di cui il padre fosse premorto, lo rappresenterebbero per concorrere con gli altri figli, loro zii; e se essendo premorti tutti i figli esistessero solo nipoti, succederebbero per istirpi e non già per capi.

IV. — 286. È stato dimandato se il donante possa riservarsi, nel caso premorisse il donatario, di distribuire egli stesso i beni inegualmente, ed a sua volontà a' discendenti di quest'ultimo, ovvero donarli in totalità a chi fra essi gli piacerà a suo tempo designare

Gli è certo che lo possa; avvegnacchè sarebbe lo stesso che dire volere riprendere nel caso di premorienza i beni per usarne a sua posta: or noi abbiamo provato contro la opinione di Coin-Delisle che il donante può stipulare la caducità della donazione allorchè premorisse il donatario. In tal caso non vi sarebbe di serio che la sola stipulazione della caducità, e la quasi-promessa di una donazione futura non sarebbe evidentemente affatto obbligatoria. Ma potrà sin d' allora attribuire inegualmente i beni ai figli, o donarli tutti a un solo, per esempio, al primo figlio maschio che nascerà? Gli è certo che no, checchè ne dicano Dalloz (cap. 1, sez. 3) e Vazeille (n. 5). In vero, il nostro articolo, di là del quale si ricade sempre nel divieto dell'art. 943 (867), non permette la donazione de' beni futuri che *a' figli e discendenti* unitamente e perciò con dritti uguali; di guisa che non sia lecito attribuir loro parti ineguali, nè chiamare uno o più escludendo gli altri. Sotto l'impero della legge del 1826 il donante poteva disporre in tal modo; ma più che per una semplice donazione di beni futuri, il faceva con una sostituzione, obbligando lo sposo donatario a conservare i beni per restituirli ugualmente o inegualmente ad uno o più de' figli di lui.

287. Quel che si è detto suppone che si possa dopo il Codice, come lo si poteva un tempo, fare una sostituzione nella donazione dei beni futuri. Ed in vero, gli art. 1048 e 1049 (1003 e 1004) non fanno alcuna distinzione fra quelle di beni futuri, e quelle di beni presenti, ond' è che permettono la sostituzione in ambedue. Ma potrebbesi forse, siccome permettevalo an-

che l'antico dritto, fare una donazione di beni futuri non già con l'obbligo nel donatario di conservare per restituire a' suoi figli, ma per dividere con altra persona il beneficio della disposizione?... A noi sembra evidente la negativa, non ostante la contraria dottrina di Merlin (*Rep.*, v. *Istit. contrat.*, § 5) e di Vazeille (n. II).

Cotesti scrittori appoggiano la loro opinione sulla ragione, che tutto quello che non è proibito da un testo di legge, rimane per ciò stesso permesso. Se non che il testo che credesi non esista, rinviensi nell'art. 1130 (1084), (il quale proibisce qualunque patto intorno ad una successione non aperta), e nell'art. 943 (867) (che vieta le donazioni di beni futuri). Il nostro articolo fa un'eccezione a cosiffatte proibizioni; ma essendo tale eccezione relativa agli sposi ed alla loro discendenza, (e per questa nel caso sóltanto che i primi premorissero al donante), ne segue dunque, che non vi autorizza a far partecipare altri alla disposizione; cosicchè il caso, di che trattasi, rimane sotto la regola proibitiva (1).

288. Ma se simigliante disposizione si fosse fatta, qual ne sarebbe l'effetto? La parte dei beni che lo sposo donatario dovea rimettere alla persona, la quale non può prenderla secondo che abbiamo detto, ritornerà nella successione del donante, in guisa che la nullità della clausola giovi a' suoi eredi; ovvero resterà allo sposo donatario siccome compresa nella sua donazione? Generalmente seguesi la prima idea, per la ragione che quando una qualunque liberalità sia nulla, i beni che ne formavano l'oggetto, rimangono naturalmente nel patrimonio del disponente (2). Noi non possiamo accostarci a tal sentenza, essendo la nostra opinione, conformemente a Delvincourt e a Dalloz (cap. II, sez. 2) che i beni restino allo sposo donatario.

Infatti quantunque il peso imposto a Pietro di far partecipe Paolo dei beni che si danno, sia una liberalità in vantaggio di Paolo, pure tal clausola non è una disposizione diretta; ma piuttosto una condizione, un accessorio di un' altra disposizione, che è quella di Pietro: il che è evidente, perocchè si è dato *tutto* a Pietro *col peso* di far partecipe Paolo del suo beneficio. Se dunque è così, la quistione rientra nella regola dell' art. 900 (816) secondo il quale tutte le condizioni od obblighi illeciti imposti ad una liberalità si reputano come non iscritti (Ved. art. 900 (816), n. III). Così quando io ho detto: « dono la mia successione a Pietro col l'obbligo in lui di dividerla con Paolo si cancelleranno le parole « con l'obbligo... restando la semplice disposizione: io dono la mia successione a Pietro ».

V.—289. Il donatario di beni futuri quando anche sia chiamato all'universalità del patrimonio, non deve pagare i debiti che fino alla concorrenza dei beni: ma non mai può esser tenuto *ultra vires*. Cosa evidente, poichè l'*erede* ha l'obbligo di pagare i debiti *ultra vires*, e qui trattasi di disposizione, la quale non è più, come un tempo, una *istituzione di erede*, ma una *donazione*.

290 Il beneficiario della disposizione, essendo non più erede, ma semplice donatario, e nissun testo di legge estendendo ai donatari il favore che l'art. 1006 (932) accorda a' legatari (*universali*) di essere investiti per la morte del disponente, (allorchè non vi sieno eredi riservatari), ne consegue che il donatario non può avere la investitura, e che perciò dovrà sempre dimandare il rilascio agli eredi del sangue.

1083 (1039).—La donazione nella forma prescritta nel precedente articolo sarà

(1) *Conf.* Delvincourt, Favard (n. 8); R. de Villargues (n. 213); Dalloz (sez. 2, n. II); Repert., *J. du P.* (cap. 7, sez. 2, § 5).

(2) Grenier (n. 423); Favard (v. *Istit. contratt.*); R. de Villargues (n. 213); Dalloz (sez. 2, n. II); Rep. del *J. du P.* (cap. 7, sez. 2).

evocabile in questo senso soltanto che donante non potrà più disporre a titolo atuito delle cose comprese nella donazione, eccetto che per piccole somme a titolo di ricompensa o altrimenti.*

291. Quegli che non promette se non sua successione, e che dona i suoi beni icamente se saranno trovati ancora nel patrimonio al tempo della sua morte, nane per necessità libero di alienarli ed bligarli; soltanto affinchè la donazio- non sia derisoria ed inconcludente, e oduca immediatamente un effetto qualun- ie, nè si confonda con un semplice testa- ento, gli è disdetto di disporre in av- enire a titolo gratuito delle cose compre- in tale donazione, rimanendogli sola- ente la libera disposizione a titolo one- oso.

Tuttavolta la proibizione di alienare a tolo gratuito non è assoluta, il dispo- ente può fare ancora delle liberalità che onsistano in cose di modico valore; non otendosi veramente proibirgli di fare una lemosina, o ricompensare un servigio... Del resto non richiedesi, come volevano i iù de' nostri antichi scrittori, che la li- eralità servisse a ricompensare *un'opera ia*; perocchè avendo la legge detto: « a itolo di ricompensa o *altrimenti* » gli è erto non potersi più investigare la causa lel dono. Purchè sia di modico valore (ri- spetto alle sostanze del disponente), esso arà valido.

292. Dal non permettere il Codice le lisposizioni gratuite che per *somme* modi- che, non si deve inferire che possano solo consistere in denaro, essendo certo che a legge parli di modico *valore*, qualun- que siane l'oggetto. Ma appunto perchè la legge parla di *somme* ed anche di *cose* comprese nella donazione, se n'è ragione- volmente conchiuso, che cosiffatte eccezionali liberalità possano farsi solo a titolo particolare, non mai per una quota, per quanto tenue, dell'universalità del patrimonio (Cass. 23 febb. 1818).

293. È un punto controverso se il donante di beni futuri possa nella sua disposizione rendere più severa la proibizione, ond'è dalla legge vincolato, interdicendosi da per sè, mercè una clausola formale, il dritto d'ipotecare o alienare a titolo oneroso i beni di cui il Codice gli nega la disposizione gratuita. Duranton (n. 713) decide che la clausola sarebbe nulla. contenendo un patto sopra una futura successione all'infuori della eccezione ammessa dal nostro articolo. Al contrario, Coin-Delisle opina (n. 3) che si dovrebbe considerare siccome relativa ai beni presenti; di modo che costituirebbe la donazione cumulativa dei beni presenti e futuri permessa dallo articolo seguente.

Quest'ultima idea sta bene, ogni qual volta sarà facile supporre che il donante siasi interdetto il dritto di disporre dei beni presenti. Ma se la clausola versi evidentemente, tanto sopra i beni futuri che sui presenti; se il disponente abbia dichiarato formalmente donare tutti i suoi beni presenti e futuri, rinunziando alla facoltà di alienarne qualche cosa, gli è certo che la clausola non può spiegarsi con alcuno de' nostri articoli, e rientra perciò nel principio di nullità dell'art. 1130 (1084). Solo con tale distinzione si può risolvere la quistione, e quindi Duranton e Coin-Delisle han torto di averla decisa in un modo assoluto.

1084 (1040). — La donazione per contratto di matrimonio potrà farsi cumulativamente di beni presenti e futuri, in tutto o in parte, coll'obbligo però di unire all'atto di donazione uno stato dei debiti e pesi del donante, esistenti al giorno della

* — Messo un rappresentante universale del defunto, tutt'altro non può esserlo che a titolo particolare per tutto ciò di cui si avesse egli riserbata la disposizione, o che questa gli competesse nei limiti dell'art. 1039 delle leggi civili. Corte suprema di Napoli, 5 aprile 1851.

donazione: nel qual caso sarà in facoltà del donatario, in tempo della morte del donante, di ritenersi i beni presenti, rinunciando al di più dei beni del donante.*

1085 (1041). — Se lo stato di cui si è parlato nel precedente articolo, non fu unito all'atto di donazione dei beni presenti e futuri, il donatario sarà tenuto accettare o di rinunciare intieramente la donazione. In caso di accettazione, non potrà pretendere se non i beni i quali si troveranno esistenti al tempo della morte del donante, e sarà soggetto al pagamento di tutti i debiti e pesi creditarî.

SOMMARIO

I. Donazione cumulativa dei beni presenti e futuri. — È una donazione di beni futuri che il donatario può trasformare alla morte del donante in donazione di beni presenti.

II. Effetti di questa specie di liberalità. — Il donatario non è giammai investito nel giorno della donazione.

III. La disposizione non può trasformarsi in donazione di beni presenti che per mezzo di uno stato dei debiti presenti; non può riguardare come tale i mobili che mercè uno stato del mobiliare. — Osservazioni quanto ai debiti.

IV. I figli del matrimonio nel caso di premorienza dello sposo donatario, conseguono il donato proprio jure, *e senza essere eredi dello sposo, anche rispetto ai beni presenti.*

I. — 294. La disposizione, di cui è discorso in questi due articoli (un tempo immaginata nei nostri paesi consuetudinari, e stabilita dall'ordinanza del 1731 (1) donde la trassero i nostri compilatori) non è nè donazione di beni presenti, nè una semplice donazione di beni futuri, nè una riunione dell'una e dell'altra; ma è, come la chiama la legge, una donazione cumulativa dei beni presenti e futuri, una donazione unica, avente non pertanto per oggetto a un tempo i beni attuali siccome beni presenti (non altrimenti che nelle donazioni ordinarie) ed i beni considerati in quanto esisteranno ancora alla morte (siccome nello art. 1082 (1038)).

In fatti ciò che distingue cotale donazione di beni presenti e futuri, da quella pura di beni futuri, consiste secondo l'ultima parte del nostro articolo 1084 (1040) nell'avere il donatario la scelta, al tempo della morte del donante, o di prendere tutti i beni che esisteranno allora, non altrimenti che in una pura donazione di beni futuri, o di dimandare unicamente quelli esistenti nel momento del contratto, abbandonando il rimanente della successione, come farebbe in virtù di una donazione ordinaria di beni presenti.

Emerge dunque dall'art. 1084 (1040) che la disposizione addimandata *donazione cumulativa di beni presenti e futuri*, è una *donazione di beni futuri*, la quale racchiude la facoltà nel donatario di trasformarla alla morte del donante in *una donazione ordinaria dei beni esistenti nel giorno del contratto.* — Questo principio basta a far comprendere a chi può *farsi*, e quali dovranno essere i suoi *effetti*.

II. — 295. È dessa una *donazione* di beni futuri. Dunque può farsi non solo ad uno degli sposi, o ad entrambi, ma eziandio ai figli e discendenti dal matrimonio; oltre a ciò si presume fatta di pieno dritto in vantaggio di cotesti discendenti quando il donante sopravviva agli sposi donatari,

* — La donazione contemplata nell'art. 1040 è di suo genere, ed ha regole proprie. La premorienza del donatario la rende caduca; non così nella donazione tra vivi con trasmissione della proprietà; e per riguardo ai beni futuri rientrà nella disposizione dell'art. 1038. — Una donazione tra vivi di beni presenti e futuri fatta nel contratto di matrimonio agli sposi con trasferimento della proprietà, non si può confondere con la disposizione contemplata nell'art. 1040 delle leggi civili, sol perchè nell'atto stesso si trovi unita la donazione dei beni futuri. C. S. di Napoli, 20 dic. 1849.

(1) Ved. gli art. 17 e 18 riferiti sotto i nostri articoli nel *Codice Tripier*.

irrevocabile in questo senso soltanto che il donante non potrà più disporre a titolo gratuito delle cose comprese nella donazione, eccetto che per piccole somme a titolo di ricompensa o altrimenti.*

291. Quegli che non promette se non la sua successione, e che dona i suoi beni unicamente se saranno trovati ancora nel suo patrimonio al tempo della sua morte, rimane per necessità libero di alienarli ed obbligarli; soltanto affinchè la donazione non sia derisoria ed inconcludente, e produca immediatamente un effetto qualunque, nè si confonda con un semplice testamento, gli è disdetto di disporre in avvenire a titolo gratuito delle cose comprese in tale donazione, rimanendogli solamente la libera disposizione a titolo oneroso.

Tuttavolta la proibizione di alienare a titolo gratuito non è assoluta, il disponente può fare ancora delle liberalità che consistano in cose di modico valore; non potendosi veramente proibirgli di fare una elemosina, o ricompensare un servigio... Del resto non richiedesi, come volevano i più de' nostri antichi scrittori, che la liberalità servisse a ricompensare *un'opera pia*; perocchè avendo la legge detto: « a titolo di ricompensa o *altrimenti* » gli è certo non potersi più investigare la causa del dono. Purchè sia di modico valore (rispetto alle sostanze del disponente), esso sarà valido.

292. Dal non permettere il Codice le disposizioni gratuite che per *somme* modiche, non si deve inferire che possano solo consistere in denaro, essendo certo che la legge parli di modico *valore*, qualunque siane l'oggetto. Ma appunto perchè la legge parla di *somme* ed anche di *cose* comprese nella donazione, se n'è ragionevolmente conchiuso, che cosiffatte eccezionali liberalità possano farsi solo a titolo particolare, non mai per una quota, per quanto tenue, dell'universalità del patrimonio (Cass. 23 febb. 1818).

293. È un punto controverso se il donante di beni futuri possa nella sua disposizione rendere più severa la proibizione, ond'è dalla legge vincolato, interdicendosi da per sè, mercè una clausola formale, il dritto d'ipotecare o alienare a titolo oneroso i beni di cui il Codice gli nega la disposizione gratuita. Duranton (n. 713) decide che la clausola sarebbe nulla, contenendo un patto sopra una futura successione all'infuori della eccezione ammessa dal nostro articolo. Al contrario, Coin-Delisle opina (n. 3) che si dovrebbe considerare siccome relativa ai beni presenti; di modo che costituirebbe la donazione cumulativa dei beni presenti e futuri permessa dallo articolo seguente.

Quest'ultima idea sta bene, ogni qual volta sarà facile supporre che il donante siasi interdetto il dritto di disporre dei beni presenti. Ma se la clausola versi evidentemente, tanto sopra i beni futuri che sui presenti; se il disponente abbia dichiarato formalmente donare tutti i suoi beni presenti e futuri, rinunziando alla facoltà di alienarne qualche cosa, gli è certo che la clausola non può spiegarsi con alcuno de' nostri articoli, e rientra perciò nel principio di nullità dell'art. 1130 (1084). Solo con tale distinzione si può risolvere la quistione, e quindi Duranton e Coin-Delisle han torto di averla decisa in un modo assoluto.

1084 (1040). — La donazione per contratto di matrimonio potrà farsi cumulativamente di beni presenti e futuri, in tutto o in parte, coll'obbligo però di unire all'atto di donazione uno stato dei debiti e pesi del donante, esistenti al giorno della

* — Messo un rappresentante universale del defunto, tutt'altro non può esserlo che a titolo particolare per tutto ciò di cui si avesse egli riserbata la disposizione, o che questa gli competesse nei limiti dell'art. 1039 delle leggi civili. Corte suprema di Napoli, 5 aprile 1831.

assicurare il suo dritto eventuale di prendere più tardi i beni presenti, e nulla perderne, oltre dello stato dei debiti, deve far distendere uno stato dei mobili. Perocchè, se questo manchi, la donazione (come donazione di beni presenti) varrà solo per gli immobili; e sarà nulla pei mobili giusta l'art. 948 (872); cotalchè il donatario per aver dritto ai mobili dovrebbe accettare la liberalità pel tutto, vale a dire come semplice donazione di beni futuri.

298. Lo stato richiesto dal nostro articolo prova evidentemente che nel pensiero della legge, qualunque donazione universale o a titolo universale obbliga di pieno dritto il donatario a pagare i debiti in proporzione dei beni che prende. Ciò è indubitabile, poichè il Codice permette al donatario di ritenere i beni presenti solo per mezzo dello stato dei debiti presenti, senza distinguere se esista o pur no una clausola formale che a ciò l'obblighi.

Quindi i nostri articoli basterebbero a rovesciare la teoria di Toullier (V, 817) e di Coin-Delisle (art. 945 (869), n. 7 e 12); i quali sostengono che la donazione di beni presenti, anche universale, non obblighi di pieno dritto al pagamento dei debiti del donante. Essi dicono che la legge in ciò sia muta. Ma tal regola non risulta forse abbastanza chiara dalla stessa natura delle cose? Quando io vi dono immediatamente tutto ciò che possiedo, tutti i miei beni, non è forse chiaro che ciò significhi *tutto il mio attivo*, *meno del passivo*? I beni di una persona sono quel che resta dedotti i debiti: *non sunt bona nisi deducto aere alieno*. Ed inoltre tal regola di ragione non emerge dai nostri art. 1084 e 1085 (1040 e 1041)? Per altro questo pensiero della legge è stato formalmente bandito al Tribunato (Fenet, t. XII, p. 599) (1).

299. Del resto non può mettersi in dubbio che il donatario (sia che attengasi ai beni presenti, o che prenda, come beni futuri, tutto ciò che forma la liberalità) paghi i debiti (dal giorno della donazione nel primo caso, e della morte nel secondo), in proporzione di quel che prende; un quarto o un terzo dei debiti se abbia un quarto o un terzo dei beni, l'intero, se li prenda tutti. Ma sempre pagherà i debiti fino alla concorrenza del valore dei beni, e non *ultra vires*, essendo in ogni caso un semplice donatario, e non il continuatore della persona del defunto.

Poichè il donatario è tenuto ai debiti, i creditori del defunto potranno procedere contro di lui. Se non che sarà pure in loro balìa dirigersi contro gli eredi del donante, non avendo questi potuto costringerli ad accettare in sua vece per debitore il donatario; cosicchè gli eredi saranno obbligati al pagamento, salvo bensì il regresso contro di quello.

300. Qui cade in acconcio presentare un'osservazione, di cui comprendesi di leggieri la esattezza, cioè che dal potere il donatario di beni presenti e futuri, solo ritenere i beni presenti semprechè ne paghi i debiti, e dall'avere ricevuto in donazione, conforme la natura stessa delle cose, il solo attivo meno del passivo, consegue che quando il disponente avesse satisfatto prima della morte tutti o parte dei debiti, indicati nello stato, che aveva al giorno della disposizione, s'intende averli pagato per conto del donatario, di modo che questi non potrebbe prendere i beni presenti che compensando la successione delle somme già pagate.

IV. — 301. L'ultima quistione che rimane ad esaminare su tale donazione di beni presenti e futuri è, se morendo lo sposo donatario prima del donante, i figli del matrimonio (nella ipotesi che non sieno stati formalmente esclusi) possano, alla morte del donante, trasformare la disposizione in donazione di beni presenti agendo per dritto proprio, e per loro esclusivo vantaggio, ovvero se per ciò debbano dichiararsi eredi dello sposo predefunto, e prendere la donazione dei beni

(1) Ved. nel t. III, part. II il nostro commentario dello art. 1626 (1472), n. VII.

resenti come una parte dell' eredità di uest'ultimo, e dividendola quindi con gli ltri coeredi se per avventura ne esistano igli di altro matrimonio) ovvero con i leatarî universali o a titolo universale.

Ecco quel che dicesi per sostenere quel'ultima idea:

Allorchè i figli dichiarano ritenere solo i eni che esistevano nel giorno della diposizione, questa diventa donazione orlinaria di beni presenti, per modo che ' intende allora (per l' effetto retroattivo lella condizione da cui dipendeva) avere investito il donatario immediatamente nel giorno stesso della formazione dell' atto. Se è così, quegli che fu investito da tal giorno essendo stato il donatario, vale a lire lo sposo or predefunto, ne segue che fu egli sin dal principio il proprietario dei beni donati. Or l'essere stato il donatario primitivo proprietario dal giorno stesso della donazione, importa che il donante non potea fare più alcuna alienazione nè pure a titolo oneroso. Se dunque lo sposo già defunto fu proprietario dei beni, questi fanno parte della successione; quindi i figli del matrimonio possono prenderli semprechè accettino tal successione; e debbono dividerli con gli altri successori se ve ne sieno.

302. Questa teorica, benchè speciosa, non è quella del legislatore.

La legge, nello stabilire implicitamente la regola che la donazione di beni presenti e futuri, diventi donazione di beni presenti soltanto, mercè la scelta del donatario, ha voluto necessariamente armonizzarla con le altre regole di siffatta specie di liberalità di modo che quel principio, anzichè assorberli, dee combinarsi con essi.... Or quando i discendenti del matrimonio divengono donatarî per la premorienza dello sposo, con tal titolo e per loro proprio dritto essi devono raccogliere i beni. Se il dritto, anche rispetto ai beni presenti, si apre solo per la morte del donante, se la liberalità è offerta al donatario che gli sopravviva, e rimane caduca per ogni altro, è certo che la proprietà non ha potuto appartenere, neppure retroattivamente, allo sposo premorto, cui, per la premorienza, rimase estranea la disposizione... Senza dubbio è uopo nella teorica della legge riconoscere, che per effetto della scelta del donatario quanto ai beni presenti, il donante dal giorno stesso della donazione non potè più alienarli. Se non che per spiegare tale effetto, non è indispensabile ammettere che da quel giorno la proprietà dei beni dalle mani del donante sia passata in quelle del donatario. ma basta il dire che quantunque quegli resti proprietario fino alla sua morte, pure stà bensì sottoposto all'obbligazione legale di conservare i beni al donatario che gli sopravviva, e quindi al divieto assoluto di alienare, al pari del gravato di restituzione, e del donante di beni futuri per le alienazioni gratuite.

Dunque i figli del matrimonio, nel caso in cui premuoia lo sposo, raccolgono la liberalità anche come donazione di beni presenti, non già come eredi di costui, ma quali donatarî e *proprio jure*.

1086 (T).—La donazione per contratto di matrimonio in favore degli sposi e dei figli nascituri dallo stesso matrimonio, da qualunque persona provenga, potrà ancora essere fatta colla condizione di pagare indistintamente tutti i debiti e pesi dell' eredità del donante, ovvero sotto altre condizioni, l'esecuzione delle quali fosse per dipendere dalla sua volontà; il donatario sarà tenuto di adempiere a queste condizioni, quando non prescelga di rinunciare alla donazione; e nel caso che il donante nel contratto di matrimonio si fosse riservata la facoltà di disporre di un effetto compreso nella donazione dei suoi beni presenti, o di una determinata somma da ricavarsi dai suddetti beni, l'effetto o la somma, quando egli morisse senza averne disposto, si riterranno compresi nella donazione, ed apparterranno al donatario od ai suoi eredi.

assicurare il suo dritto eventuale di prendere più tardi i beni presenti, e nulla perderne, oltre dello stato dei debiti, deve far distendere uno stato dei mobili. Perocchè, se questo manchi, la donazione (come donazione di beni presenti) varrà solo per gli immobili; e sarà nulla pei mobili giusta l'art. 948 (872); cotalchè il donatario per aver dritto ai mobili dovrebbe accettare la liberalità pel tutto, vale a dire come semplice donazione di beni futuri.

298. Lo stato richiesto dal nostro articolo prova evidentemente che nel pensiero della legge, qualunque donazione universale o a titolo universale obbliga di pieno dritto il donatario a pagare i debiti in proporzione dei beni che prende. Ciò è indubitabile, poichè il Codice permette al donatario di ritenere i beni presenti solo per mezzo dello stato dei debiti presenti, senza distinguere se esista o pur no una clausola formale che a ciò l'obblighi.

Quindi i nostri articoli basterebbero a rovesciare la teoria di Toullier (V, 817) e di Coin-Delisle (art. 945 (869), n. 7 e 12); i quali sostengono che la donazione di beni presenti, anche universale, non obblighi di pieno dritto al pagamento dei debiti del donante. Essi dicono che la legge in ciò sia muta. Ma tal regola non risulta forse abbastanza chiara dalla stessa natura delle cose? Quando io vi dono immediatamente tutto ciò che possiedo, tutti i miei beni, non è forse chiaro che ciò significhi *tutto il mio attivo*, *meno del passivo*? I beni di una persona sono quel che resta dedotti i debiti: ***non sunt bona nisi deducto aere alieno***. Ed inoltre tal regola di ragione non emerge dai nostri art. 1084 e 1085 (1040 e 1041)? Per altro questo pensiero della legge è stato formalmente bandito al Tribunato (Fenet, t. XII, p. 599) (1).

299. Del resto non può mettersi in dubbio che il donatario (sia che attengasi ai beni presenti, o che prenda, come beni futuri, tutto ciò che forma la liberalità) paga i debiti (dal giorno della donazione nel primo caso, e della morte nel secondo), in proporzione di quel che prende: il quarto o un terzo dei debiti se abbia il quarto o un terzo dei beni, l'intero, se li prenda tutti. Ma sempre pagherà i debiti fino alla concorrenza del valore dei beni, e non *ultra vires*, essendo in ogni caso un semplice donatario, e non il continuatore della persona del defunto.

Poichè il donatario è tenuto ai debiti i creditori del defunto potranno procedere contro di lui. Se non che sarà pure in loro balìa dirigersi contro gli eredi del donante, non avendo questi potuto costringerli ad accettare in sua vece per debitore il donatario; cosicchè gli eredi saranno obbligati al pagamento, salvo bensì il regresso contro di quello.

300. Qui cade in acconcio presentare un'osservazione, di cui comprendesi di leggieri la esattezza, cioè che dal potere il donatario di beni presenti e futuri, solo ritenere i beni presenti semprechè ne paghi i debiti, e dall'avere ricevuto in donazione, conforme la natura stessa delle cose, il solo attivo meno del passivo, consegue che quando il disponente avesse satisfatto prima della morte tutti o parte dei debiti, indicati nello stato, che aveva al giorno della disposizione, s'intende averli pagato per conto del donatario, di modo che questi non potrebbe prendere i beni presenti che compensando la successione delle somme già pagate.

IV. — 301. L'ultima quistione che rimane ad esaminare su tale donazione di beni presenti e futuri è, se morendo lo sposo donatario prima del donante, i figli del matrimonio (nella ipotesi che non sieno stati formalmente esclusi) possano, alla morte del donante, trasformare la disposizione in donazione di beni presenti agendo per dritto proprio, e per loro esclusivo vantaggio, ovvero se per ciò debbano dichiararsi eredi dello sposo predefunto, e prendere la donazione dei beni

(1) Ved. nel t. III, part. II il nostro commentario dello art. 1626 (1472), n. VII.

presenti come una parte dell' eredità di quest'ultimo, e dividendola quindi con gli altri coeredi se per avventura ne esistano (figli di altro matrimonio) ovvero con i legatari universali o a titolo universale.

Ecco quel che dicesi per sostenere quest'ultima idea:

Allorchè i figli dichiarano ritenere solo i beni che esistevano nel giorno della disposizione, questa diventa donazione ordinaria di beni presenti, per modo che s' intende allora (per l' effetto retroattivo della condizione da cui dipendeva) avere investito il donatario immediatamente nel giorno stesso della formazione dell' atto. Se è così, quegli che fu investito da tal giorno essendo stato il donatario, vale a dire lo sposo or predefunto, ne segue che fu egli sin dal principio il proprietario dei beni donati. Or l'essere stato il donatario primitivo proprietario dal giorno stesso della donazione, importa che il donante non potea fare più alcuna alienazione nè pure a titolo oneroso. Se dunque lo sposo già defunto fu proprietario dei beni, questi fanno parte della successione; quindi i figli del matrimonio possono prenderli semprechè accettino tal successione; e debbono dividerli con gli altri successori se ve ne sieno.

302. Questa teorica, benchè speciosa, non è quella del legislatore.

La legge, nello stabilire implicitamente la regola che la donazione di beni presenti e futuri, diventi donazione di beni presenti soltanto, mercè la scelta del donatario, ha voluto necessariamente armonizzarla con le altre regole di siffatta specie di liberalità di modo che quel principio, anzichè assorberli, dee combinarsi con essi.... Or quando i discendenti del matrimonio divengono donatari per la premorienza dello sposo, con tal titolo e per loro proprio dritto essi devono raccogliere i beni. Se il dritto, anche rispetto ai beni presenti, si apre solo per la morte del donante, se la liberalità è offerta al donatario che gli sopravviva, e rimane caduca per ogni altro, è certo che la proprietà non ha potuto appartenere, neppure retroattivamente, allo sposo premorto, cui, per la premorienza, rimase estranea la disposizione... Senza dubbio è uopo nella teorica della legge riconoscere, che per effetto della scelta del donatario quanto ai beni presenti, il donante dal giorno stesso della donazione non potè più alienarli. Se non che per spiegare tale effetto, non è indispensabile ammettere che da quel giorno la proprietà dei beni dalle mani del donante sia passata in quelle del donatario. ma basta il dire che quantunque quegli resti proprietario fino alla sua morte, pure stà bensì sottoposto all'obbligazione legale di conservare i beni al donatario che gli sopravviva, e quindi al divieto assoluto di alienare, al pari del gravato di restituzione, e del donante di beni futuri per le alienazioni gratuite.

Dunque i figli del matrimonio, nel caso in cui premuoia lo sposo, raccolgono la liberalità anche come donazione di beni presenti, non già come eredi di costui, ma quali donatari e *proprio jure*.

1086 (T). — La donazione per contratto di matrimonio in favore degli sposi e dei figli nascituri dallo stesso matrimonio, da qualunque persona provenga, potrà ancora essere fatta colla condizione di pagare indistintamente tutti i debiti e pesi dell' eredità del donante, ovvero sotto altre condizioni, l' esecuzione delle quali fosse per dipendere dalla sua volontà; il donatario sarà tenuto di adempiere a queste condizioni, quando non prescelga di rinunciare alla donazione; e nel caso che il donante nel contratto di matrimonio si fosse riservata la facoltà di disporre di un effetto compreso nella donazione dei suoi beni presenti, o di una determinata somma da ricavarsi dai suddetti beni, l'effetto o la somma, quando egli morisse senza averne disposto, si riterranno compresi nella donazione, ed apparterranno al donatario od ai suoi eredi.

SOMMARIO

I. Derogazione alla regola stabilita nell' articolo 947 (871) donare e ritenere non vale.

II. Il ravvicinare questo articolo con gli articoli 1081 *e* 1089 (1037 *e* 1044) *fa nascere due gravi difficoltà.*

III. Soluzione della prima. L'articolo applicasi alle donazioni di beni presenti, come alle altre; le quali possono, nei casi che prevede, estendersi ai figli che nasceran

IV. Soluzione della seconda difficoltà. Le p role o a' suoi eredi *devono mantener col mezzo di una distinzione che bi gna sottintendere nell'art.* 1089 (104

V. Differenza tra la riserva del drillo di sporre di una cosa, e la riserva ritenzione della stessa cosa. Errore di zeille.

I. — **303.** Questo articolo per favorire il contratto di matrimonio esime le donazioni che vi si fanno, dalla regola sì rigorosa nelle donazioni ordinarie, *donare e ritenere non vale*. Per principio una donazione è nulla se il donante nel farla, stipuli una clausola qualunque che possa renderla senza effetto. Qui al contrario, simigliante stipulazione non nuoce alla validità della disposizione; cotalchè essa non ostante quella clausola sarà eseguita, se il disponente non ne abbia usato.

Così, quantunque il donante abbia sottoposto il suo donatario ad obbligazioni, che quegli a suo arbitrio possa creare ed aumentare; per modo di esempio, a pagare tutti i debiti che potrà contrarre, la donazione, benchè sia nulla in ogni altra circostanza (art. **945** (**869**)), qui è valida per modo che il donatario avrà i beni, soddisfacendo bensì a' pesi. Se non che potendo il disponente crearne a dismisura da oltrepassare il valore dei beni, il nostro articolo riserva al donatario il dritto di francarsene rinunciando alla disposizione.

Così ancora, sebbene qualunque donazione fatta sotto condizione che dipenda dalla volontà del donante, sia d'ordinario interamente nulla (art. **944**) (**868**)), qui in vece produce il suo effetto se la condizione si compia. Ma abbiamo veduto (art. **944** (**868**), n. **1**). che non vuolsi confondere la condizione che dipende dalla volontà di una persona con quella di cui parla l'art. **1174** (**1127**), che è riposta nel suo capriccio e nella sua bizzarria. Io posso senza dubbio nel vostro contratto di matrimonio farvi una donazione sotto una delle seguenti condizioni « se mi ammogli in quest'anno; » « se faccia eseguir tale costruzione; » « se io vi rimuova dall'impiego che occupate nella mia casa »...; ma farei un atto evidentemente nullo se la condizione fosse una di queste: « se ciò mi convenga » « se lo voglia » « se io mi vi determini; .. se non cangi consiglio da qui ad un anno ».. In questo secondo caso l'atto sarebbe nullo, non solo come donazione che viola il principio *donare e ritenere non vale* giusta l'art. **944** (**868**), ma eziandio secondo lo art. **1174** (**1127**) per mancanza assoluta di vincolo e per l'inapplicazione di una regola che riguarda tanto gli atti onerosi che le donazioni. Il nostro articolo è una eccezione all'art. **944** (**868**) e non all'articolo **1174** (**1127**) poichè la regola stanziata in quest'ultimo non ammette alcuna eccezione.

Finalmente, quantunque la facoltà con cui il donante riservasi di disporre più innanzi della cosa donata, renda sempre nulla la sua donazione, per modo che quando egli muoia senza averne disposto, la cosa appartiene agli eredi legittimi del donante, e non al donatario (art. 946 (870)), qui in vece la riserba non nuocerà alla donazione. Se dunque il donante muore senza farne uso, la cosa rimarrà al donatario, ed ai suoi eredi se quello sia premorto al donante.

Tal derogazione agli art. **944**, 945, 946 (**868, 869, 870**) al pari di quella che gli art. **1082, 1084** (**1038, 1040**) fanno allo art. **944** (**868**); ci era stata indicata nell'art. **947** (**871**).

II. — **304.** Le prime parole del nostro articolo, ed alla lor volta le ultime fanno

gere due difficoltà, che gli interpreti n risolvono tutti d'un modo.

1° L' articolo a prima giunta par che a che esso permette le derogazioni alla ;ola *donare e ritenere non vale* solo r le donazioni fatte agli *sposi o ai li nascituri*. Or l'art. 1081 (1037) diiara che la donazione di beni presenti ò farsi, anche per contratto di matrionio, a vantaggio dei figli che nasceran-; di che sembra derivare che il favore cordato dal nostro articolo non si apichi a cotali donazioni di beni presenti. e non che, d' altra parte, l'articolo parla i un donante che si riservi la disposizioe di una cosa compresa in una donazione *i tali beni presenti*..... Come si chiarisce uesta contraddizione?

2° L'articolo dice in fine che se il doiante muoja senz' aver disposto della cosa iservata, questa resterà al donatario *o ai uoi eredi*; vale a dire che chicchessieno otesti eredi (ascendenti o collaterali, ed anche discendenti) la riterranno se essi l' abbiano avuta alla morte del disponente; cioè in altri termini, se il donatario sia premorto a quello. Ma come può spiegarsi che eredi ascendenti o collaterali del donatario possano conseguire la cosa donata non ostante la sopravvivenza del donante al donatario, mentre l'art. 1089 (1044) sancisce la caducità della donazione di cui parla il nostro articolo per tale sopravvivenza?

III.—305. La prima difficoltà si chiarisce, secondo noi, di leggieri.

Il nostro articolo nel dire che « la donazione per contratto di matrimonio in favore degli sposi e dei figli nascituri potrà farsi ancora sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante »; non volle dinotare solamente « che quando la donazione si faccia agli sposi ed ai figli che nasceranno potrà contenere condizioni...»; ma che — « la donazione, la quale dagli sposi estendesi ai figli nascituri, può avere effetto quando facciasi sotto condizioni dipendenti. . . » In altri termini, la prima parte dell' articolo, non si propone solo lo scopo d'insegnare che si possa fare la donazione sotto tali condizioni allorchè si estenda ai figli; ma eziandio che possa estendersi a questi ultimi allorchè sia fatta sotto quelle condizioni. Quel che prova tal verità si è che l'art. 18 della ordinanza del 1731, donde fu tratta la disposizione del nostro art. 1086 (T), era così concepito: — « Intendiamo che le *donazioni di beni presenti fatte sotto la condizione* di pagare indistintamente i debiti e pesi... o sotto altre condizioni, di cui l'esecuzione dipenda..... *possano farsi* nei contratti di matrimonio *in favore dei coniugi e loro discendenti*, da qualunque persona »..... (il rimanente come nel nostro articolo). Raffrontando l' articolo dell' ordinanza col nostro, si riconosce essere questo copiato interamente da quello, salvo una maggior brevità nella prima parte; or abbiamo veduto che secondo ivi dichiaravasi, *le donazioni di beni presenti*, fatte sotto condizioni potestative per il donante *potevano farsi in favore dei coniugi e loro discendenti* (1).

306. Gli art. 1081, 1082, 1084 e 1086 (1037, 1038, 1040 e T) si riassumono dunque in ciò che segue: Per principio la donazione fra vivi non può farsi in vantaggio di una persona non ancora concepita (art. 906 (822)), e quindi la donazione fatta agli sposi nel loro contratto di matrimonio non può estendersi ai loro figli nascituri (1081 (1037)); ma potendo tal donazione riguardare i beni futuri (articolo 1082 (1038)) o i beni presenti e futuri (1084 (1040)) o dipendere da condizioni potestative pel donante (art. 1086 (T)), è permesso in tali tre casi farla a un tempo così per gli sposi che pei figli nascituri dal matrimonio.

Così, quando la donazione di beni presenti sia fatta puramente e semplicemente; o la condizione a cui si sottopone non dipenda dalla volontà del donante essendo nel caso dell' articolo 1081 (1037) la donazione può farsi solo agli sposi.

Se, al contrario, la donazione siasi fatta

(1) Ved. l'art. 18 della detta ordinanza del *Codice Tripier* (art. 1086).

sotto una condizione che dipenda dalla volontà del disponente, siamo nell'ipotesi del nostro articolo, quindi la disposizione può comprendere i discendenti dal matrimonio e, per analogia dell' art. 1084 (1040) li comprende di pieno dritto, se il contrario non sia stato dichiarato. — In fatti, allorchè la donazione di beni presenti sia sospesa da una condizione potestativa per il donante, questi può non farla effettuare; per modo che, la donazione può restare incerta sino alla morte del suo autore; or tal somiglianza la ravvicina alle donazioni dei beni futuri; e da ciò certamente ha causa il permettersi dalla legge la chiamata dei figli quando gli sposi donatari muojano prima del donante, e prima di aver conseguito la liberalità. Noi parliamo delle condizioni che sospendono la donazione, cioè di quelle sospensive; poichè quando si tratta di condizioni risolutive, non fa di certo mestieri chiamare i figli per raccogliere in luogo dello sposo predefunto, avvegnacchè la premorienza di costui (siccome vedremo nel numero seguente e nello art. 1089 (1044)), non renderebbe la donazione caduca, ma farebbe passare la cosa agli eredi quali che siano del donatario.

IV. — 307. La seconda difficoltà è sembrata anche più forte, e il più degli interpreti la considerano come una specie di nodo gordiano, a sciogliere il quale bisogna si rinunzii, e la troncano con dire che le parole, *o ai suoi eredi*, sono state per errore copiate nell' art. 18 dell'ordinanza, e che non debba tenersene ragione. — Non potremmo accostarci a tale idea; e quelle parole anzichè sembrarci inesplicabili, esprimono per noi una regola del tutto conforme ai principî.

Nello spiegare l'art. 1089 (1044) vedremo, che la caducità di cui esso parla non colpisce tutte le donazioni permesse dal nostro articolo.

Le condizioni potestative per il disponente, che la legge qui autorizza, saranno ora sospensive, ed ora risolutive.

Or noi vedremo, che se può esservi caducità per le une (perchè essendo allora sospeso l' effetto della donazione, il donatario può morire innanzi che sia prodotto lo effetto, ed aperto il dritto) non può esservi per le seconde (dacchè queste non impediscono, ma all' incontro suppongono l'immediato effetto della donazione, e l'apertura presente del dritto). Riserbandoci di dare il necessario sviluppo a questo punto sotto l'art. 1089 (1044), togliamo ora ad esempio, il caso di cui si occupa la seconda parte del nostro articolo, e che fa sorgere la difficoltà che dobbiamo risolvere.

308. Io posso donarvi la mia casa (o sola, ovvero insieme con altri beni), dichiarando, che sarà vostra se io muoja senza che ne abbia altrimenti disposto. In tal caso, che non è il preveduto dalla seconda parte del nostro articolo, la donazione della casa è fatta con condizione sospensiva: in vero è condizionale la donazione: *io vi dono se.....* In simigliante caso, morendo senza averne altrimenti disposto, la donazione si recherà in effetto; disponendo all' incontro della casa, non vi sarà stata mai donazione. Siccome la mia morte deve aprire il dritto di investirvene, così se voi morrete innanzi a me, non avrete nulla raccolto, e quindi nulla trasmetterete ai vostri eredi; la donazione è caduca.

Io posso all' incontro donarvi la casa, e farla vostra sul punto stesso, ma dichiarando che non vi apparterrà più, se più innanzi io ne disponessi diversamente. Ecco il caso del nostro articolo, e dell' articolo 18 dell' ordinanza, che parlano di un donante *che si riservi* di disporre di una cosa *compresa nella donazione*. Qui la donazione è sotto condizione risolutiva; come ben diceva Furgole, è una donazione pura e semplice, soggetta ad una risoluzione condizionale: *donatio pura, quae sub conditione resolvi potest.*

Qui avete voi immediatamente la proprietà (ma risolubile); e morendo la trasmetterete quale essa è ai vostri rappresentanti. Se dunque io muora, senza aver disposto della cosa, la mia morte ne assicurerà la proprietà irrevocabile, o a voi se pur vivete, o *ai vostri eredi*, se

ıi siete premorto.

Tutto ciò sarà meglio compreso colla ıiegazione dell' art. 1089 (1044).

V. — 309. Gli è del resto evidente, checıè ne dica Vazeille (n. 4), esservi gran fferenza fra la riserva *del dritto di di-ɔorre* più innanzi d'una cosa che faccia arte della donazione, e la riserva della ɔsa stessa.

Donandovi i miei immobili con la riserva i disporre di uno di essi, il mio podere i Normandia, questo vien compreso nella ,onazione; ne uscirà se ne dispongo; se ıo, vi resterà.

Ma allorchè vi dò tutti i miei immobili, *·iserbando il mio podere*, desso non è doıato, la donazione riguarda gl'immobili, ranne quello; e quando pure io morissi ıenza aver disposto del podere, esso non vi apparterrà affatto, ma resterà nella mia successione. Senza dubbio, i termini di una donazione potranno essere ambigui; così allorchè il donante ha detto; « mi riservo 24,000 fr. per disporne a mio talento » difficilmente potrà conoscersi, se abbia voluto riservarsi il dritto di disporre della somma, ovvero ritener la somma ad ogni evento, indicando l'idea di una novella disposizione come motivo del ritenerla, e non già come condizione di riprenderla appresso: sarebbe questo un punto di fatto, una quistione d'intenzione da valutarsi secondo le circostanze. Ma si nega l'evidenza, decidendo in dritto e come principio, essere tutta una cosa la riserva della facoltà di disporre di un oggetto, e la riserva o retenzione di esso (1).

1087 (1042). — Le donazioni fatte per :ontratto di matrimonio non potranno essere impugnate, nè dichiarate nulle, sotto pretesto di mancanza di accettazione.*

310. Le donazioni fatte ai futuri conjugi nel contratto di matrimonio, per il favore onde son riguardate, non potevano lasciarsi soggette alla disposizione cotanto severa, liciamo anzi cotanto odiosa, dell'art. 932 [856) che per la nullità vuole un' accet-:azione in *termini espressi*.

Qui, come nei contratti a titolo oneroso, basterà che vi sia nell'atto il concorso del donante e del donatario, perchè si manifesti l'accordo delle volontà; e la mancanza di una speciale e formale dichiarazione sul proposito, non sarà più un motivo, o meglio, come esattamente dice il nostro articolo, un pretesto, perchè la donazione si annulli.

1088 (1043). — Qualunque donazione ſatta a contemplazione di matrimonio sarà senza effetto, se il matrimonio non segue.**

311. La donazione fatta in contempla-:ione di un matrimonio è necessariamente ɔottoposta alla condizione se avrà effetto; non compiutasi quindi la condizione, non vi ha donazione.

1089 (1044). — Le donazioni fatte ad ııno degli sposi nei modi qui sopra enun-ciati negli articoli 1082, 1084 e 1085 (1038, 1040 e 1041) saranno pure senza effetto, se il donante sopravvive allo sposo donatario, ed alla sua discendenza.

(1) Furgole (art. 18 dell' ordinanza); Grenier (n. 440); Delvincourt, Toullier (V, 827); Duranton (IX, 741); Bordeaux, 19 gen. 1827.

* — La donazione fatta da un minore per causa di matrimonio alla futura sposa, non nel contratto di nozze, ma con atto separato, in cui essa non sia intervenuta per accettarla, seguito il matrimonio, non può essere attaccata di nullità perchè non racchiusa nei patti nuziali e perchè non accettata espressamente. C. S. di Napoli, 12 ag. 1851 (cam. riun.).

— La donazione fatta nei capitoli matrimoniali, a contemplazione del matrimonio da farsi, ad una figlia già nata e figli nascituri, non è nulla per mancanza di accettazione riguardo alla figlia nata. C. S. di Napoli. 4 nov. 1832.

** — Non ogni donazione che si fa in un contratto nuziale diviene caduca ove il matrimonio non si effettui. C. S. di Napoli, 23 gen. 1827.

SOMMARIO

I. Mala compilazione dell'articolo.
II. La caducità non cade sopra tutte le donazioni prevedute dallo art. 1086 (T).
III. Essendovi dubbio non toccherà ai rappresentanti del donante la prova della sua sopravvivenza, ma ai loro contrari la prova del suo premorire.

I.—312. Il modo negletto e non esplicito, ond' è stata dettata tal disposizione, lascia sottintese tre idee che debbonsi aggiungere: così, 1. l'art. fa male di parlar solo delle donazioni fatte *ad uno dei conjugi*, trattandosi certamente di quelle che si fanno ai conjugi, o ad uno di loro, (art. 1082 (1030)); 2. esso è parimente troppo stringato nel sottoporre assolutamente la caducità della donazione, al premorire della prole del donatario; avvegnacchè dapprima non può trattarsi di tutta la prole, ma soltanto di quella nata dal matrimonio, in contemplazione di cui la donazione si è fatta, secondo è provato dagli art. 1082 e 1083 (1038 e 1039); e poi la caducità avviene anche, non ostante che esistano figli venuti dal matrimonio, allorchè sieno stati formalmente esclusi dal beneficio della donazione (art. 1082 (1038) (n. II); 3. da ultimo esso è del pari troppo assoluto, parlando generalmente delle donazioni fatte nei termini degli articoli 1082, 1084 e 1086 (1038, 1040 e T), essendovene alcune, per cui non si può per la forza stessa delle cose dar luogo a caducità.—Dobbiamo fermarci sopra quest'ultima proposizione, sebbene fosse stata già in parte svolta sotto l'art. 1086 (T), n. IV.

II.—313. Caduca è quella disposizione che va a vuoto, nasce morta, che cade, e si annulla, innanzi di aver potuto sortire il suo effetto.

Dunque, siccome qualunque liberalità è esclusivamente personale a quelli cui si fa, e non può trasmettersi ai rappresentanti del beneficiario, se non quando questi l'abbia raccolta, così ella sarà caduca, quante volte costui muore prima che sia stato investito del dritto; su tal principio, è fondata la caducità pronunziata dal nostro articolo.

Ma è certo che la morte del beneficiario non produrrà più la caducità, ma anzi la trasmissione del dritto ai suoi rappresentanti, quando il dritto si sarà aperto per lui, ed egli sarà morto investito del beneficio.

Posto ciò, comprendesi di leggieri, che la sopravvivenza del donante al donatario (o ai donatari) renderà sempre caduche le donazioni prevedute dagli art. 1082, 1084 (1038, 1040), ma solo qualche volta le donazioni dell' art. 1086 (T).

314. La formola delle donazioni dell'art. 1082 (1038) è la seguente; « le dono a voi soltanto, ovvero a voi ed anche (se voi moriste innanzi a me) ai discendenti che verranno dal vostro matrimonio, i beni che lascerò alla morte, o quella frazione di beni, o la tal cosa se trovasi ancora nel mio patrimonio in quel tempo, ovvero in fine la tal somma da prendersi allora sulla mia eredità ». La è questa una donazione di beni futuri, che conferisce non un dritto presente, ma una semplice speranza, un dritto eventuale, che si recherà in atto, si aprirà, e potrà investire il donatario alla morte del disponente.—Pertanto, se la morte del donatario (essendosi esclusi i discendenti nati dal matrimonio, o non esistendone punto); ovvero la morte di più donatari avvenga innanzi quella del donante, innanzi che i beneficiari sieno stati investiti, e il dritto si sia aperto, la disposizione è certamente caduca. Or nell'art. 1084 (1040) la disposizione è sempre in fondo, e salvo quel che possa avvenire alla morte del disponente, una donazione di beni futuri, e conseguentemente è lo stesso il risultamento. Senza fallo il donatario qui ha il dritto di mutare la disposizione in una donazione

beni presenti, per la qual facoltà distinguesi cotesta donazione da quella pura di beni futuri.

Ma non può darsi luogo a tramutamento quando il donatario non vive più al tempo in cui muore il donante, avvegnacchè la facoltà di mutare non possa esercitarsi che dal donatario, e dopo la morte del donante: quindi la donazione è, ed è sempre stata una donazione di beni futuri che rientra nello art. 1082 (1038) e va interamente soggetta a ciò che abbiam detto.

315. Pertanto le donazioni degli articoli 1082 e 1084 (1038 e 1040) saran sempre caduche, e in tutti i casi possibili; ma non così quelle dell'art. 1086 (T). Difatti, le condizioni potestative che cotesto articolo autorizza, saranno ora sospensive, ed ora risolutive. Or non vi può essere caducità nelle condizioni risolutive. Quando io vi dono la mia casa con dichiarare che la donazione si terrà per non avvenuta se io mi ammogli, voi siete sull' istante investito della proprietà della casa (proprietà invero risolubile), il vostro dritto apresi immediatamente, la donazione sortisce il suo effetto, e voi siete proprietario fino a quando io non mi ammogli.—Dunque se voi morrete, la casa, quantunque io viva ancora, non essendomi ammogliato, fa parte del vostro patrimonio, entra nella vostra eredità, e trasmettesi ai vostri eredi; non si può parlare di caducità, di donazione che va a vuoto nè genera il suo effetto, essendo da molto tempo questo prodotto, e continuando finchè esso non sarà risoluto per lo avverarsi della condizione.

Così non può darsi luogo a caducità trattandosi di una condizione risolutiva; ma soltanto nel caso della condizione sospensiva. Donandovi la mia casa, affinchè divenga vostra se io mi ammogli, voi non avete al presente alcun dritto, la mia donazione non sortisce immediatamente alcun effetto; sol quando io mi ammogli si aprirà il dritto vostro. Dunque se voi morrete innanzi che io mi ammogli, voi non potete trasmettere alcun dritto ai vostri eredi; e siccome il dritto non aperto ancora per voi, non può aprirsi per altri (essendo la liberalità, come abbiamo già detto, esclusivamente personale al donatario), l'effetto non per anche prodotto non può più aversi, caduca è la donazione. Ma perchè la caducità cui non può darsi mai luogo essendovi condizione risolutiva, si effettui per la premorienza del donatario, essendovi la condizione sospensiva, è forza pure, siccome si è potuto osservare in ciò che abbiam detto, che la premorienza avvenga innanzi che la condizione si compia.—Se donatavi la mia casa, perchè divenga vostra, allorquando io mi ammogli, io mi son poi ammogliato vivendo ancor voi, da tal punto si è aperto certamente il vostro dritto, la donazione ha sortito il suo effetto, voi siete divenuto proprietario irrevocabile della casa, e la vostra morte, avvenuta anche dopo la mia, farà non che la disposizione sia caduca, ma che si trasmetta ai vostri rappresentanti il dritto che era definitivamente nel vostro patrimonio.

316. Questa teoria generale si applica specialmente al caso in cui il donante si è riserbato il dritto di disporre di una cosa che dona. Se egli, anzichè dare al presente la cosa, riserbandosi di risolvere la donazione con una posteriore disposizione, la darebbe sotto la condizione che egli non ne disporrà; se dicesse al donatario: « questa cosa sarà vostra, se io muoja senza che ne abbia disposto » in tal caso sarebbe donazione sotto condizione sospensiva; e quindi se nel punto in cui il donante muore senza averne disposto, e in cui devesi quindi aprire il dritto del donatario, fosse questi premorto, la donazione sarebbe caduca, e la cosa resterebbe agli eredi del donante: essendo necessario, perchè la donazione sortisca il suo effetto, che sia ancor vivo il donatario (o uno dei donatarî, se parecchi sieno stati chiamati). Ma allorchè si è fatta realmente una *riserva* di disporre di una cosa al presente donata; quando si è detto « io vi dono questa casa, ma la donazione si risolverà, se più innanzi altrimenti ne disponga, » la donazione allora è sotto condizione risolutiva, il donatario immediatamente è investito, e la proprietà (risolubile) gli appartiene.

In questo caso pertanto la morte del donatario trasmetterebbe la proprietà ai suoi eredi, e quindi se il donante muore, senza aver fatto una nuova disposizione, nè compito la condizione risolutiva, nè risoluto la proprietà del donatario, questa apparterrà irrevocabilmente, o al donatario se viva ancora, o ai suoi eredi se egli sia premorto. La qual cosa vien positivamente dichiarata dalla seconda parte dell'articolo 1086 (T).

III.—317. Riassumendo, diciamo, che sarà sempre caduca nel caso dell'articolo 1082 (1038) per la premorienza del donatario, la donazione di beni futuri; avvegnacchè il donatario ne sia sempre investito per la morte del donante. Similmente si darà luogo sempre a caducità nel caso dell'art. 1084 (1040), dacchè la donazione di beni presenti e futuri di cui tratta, resta interamente donazione di beni futuri, fino a che il donante viva, cotalchè questo secondo caso rientra nel primo. Ma non vi sarà caducità nel caso dell'articolo 1086 (T), se non quando vi sarebbe una condizione sospensiva, la quale non compirebbesi alla morte del donatario, perocchè allora soltanto muore il donatario senza che ne sia investito.

Il nostro articolo adunque deve così esser concepito: « Le donazioni fatte ai *conjugi*, o ad uno di loro nei termini degli art. 1082, 1084 e 1086 (1038, 1040 T) diventeranno caduche *in tutti i casi in cui si potrà dar luogo a caducità* se il donante sopravviva allo sposo donatario, ed anche alla sua discendenza venuta dal matrimonio, *tranne che questa non sia stata formalmente esclusa dalla disposizione* ».

Pur nondimeno, quando pure l'articolo fosse così concepito, esso sarebbe inesatto in un punto. Invero, dicendosi dal Codice, che le donazioni di cui è discorso, *diventeranno caduche se il donatario sopravviva*, potrebbesi credere che la sopravvivenza del donante debba provarsi, affinchè si renda caduca la donazione, e conseguentemente, essendo dubbio, se il donante o il donatario sia all'altro sopravvissuto, spetterebbe agli eredi del disponente provare la sopravvivenza del loro autore. Ma questo è certamente un errore. Colui che reclama l'esercizio di un diritto, deve provare la esistenza del diritto, e non già l'avversario la negativa. L'articolo adunque vuol dire, che le donazioni di cui è parola non si toglieranno dalla caducità, nè produrranno il loro effetto, se non quando *il donatario* (o la sua discendenza venuta dal matrimonio, quando non ne sia esclusa) *sopravvivesse al donante*, essendo provata la sopravvivenza di costui.

1090 (1045).—Tutte le donazioni fatte agli sposi a contemplazione del loro matrimonio, saranno al tempo dell'apertura della successione del donante, riducibili alla porzione di cui la legge gli permetteva di disporre.

318. Per quanto degne di favore sieno le donazioni di cui tratta il nostro capitolo, non poteva certamente per esse venir meno la riserva degli eredi; dovranno quindi come le altre tutte, ridursi alla porzione disponibile.

Del resto, siccome tali disposizioni costituiscono donazione fra vivi, così giusta l'art. 923 (840) non una di esse potrà ridursi se non dopo esauriti tutti i beni compresi nei legati. È dunque un errore la contraria dottrina di Duranton (XII, 357 e 358) il quale vuol pareggiarle ai legati, e ridurre insieme con esse qualunque donazione che non sia irrevocabile; e noi largamente lo abbiamo confutato sotto l'articolo 923 (840), n. 1.

CAPITOLO NONO

DELLE DISPOSIZIONI FATTE FRA GLI SPOSI O PER CONTRATTO DI MATRIMONIO, O DURANTE IL MATRIMONIO.

319. Questo capitolo col quale ha fine nostro titolo delle donazioni e dei testamenti, prescrive regole speciali per le donazioni fatte fra coniugi. Fra le quali regole, alcune si riferiscono alle donazioni che i conjugi si fanno *nel loro contratto matrimonio* (art. 1091, 1092, 1093 1095 (1046, 1047, 1048 e 1049));— altre alle donazioni che si fanno i coniugi *durante il matrimonio* (art. 1096 e 1097 (1050 e 1051)); le ultime che stabiliscono pei conjugi un sistema di porzione disponibile diverso dall' ordinario, sono comuni alle due classi di donazioni (art. 1097, 1098, 1099 e 1100 (T, 1052, 1053 e 1054)).

§ 1. —*Donazioni fatte fra conjugi per contratto di matrimonio.*

1091 (1046).—Gli sposi potranno per contratto di matrimonio farsi reciprocamente, o l'uno dei due all'altro, le donazioni che vorranno, sotto le modificazioni qui appresso indicate.

320. I futuri coniugi possono nel loro contratto farsi *quelle donazioni che meglio stimeranno*, tanto quelle di cui si è trattato nel capitolo precedente, che le altre tutte.

1092 (1047).—Qualunque donazione fra vivi, dei beni presenti fatta fra sposi per contratto di matrimonio, non si presume fatta sotto la condizione della sopravvivenza del donatario, se questa condizione non è formalmente espressa; e sarà sottoposta a tutte le regole, e forme prescritte di sopra per tali donazioni.

321. Nelle nostre antiche provincie di diritto scritto, le donazioni che si facevano due futuri sposi, quando pure riguardassero beni presenti, tenevansi soggette alla tacita condizione che il donatario sopravvivesse. (*Ved.* Furgole, quest. 49).

Le nostre consuetudini all'incontro non ammettevano questa tacita condizione, e la premorienza del donatario rendeva inefficace la donazione, quando il donante lo avesse positivamente dichiarato (Dumoulin, *De donat. in contr. matr.*, n. 14).

Il sistema delle consuetudini venne adottato dal nostro articolo. Qualunque donazione di beni presenti fra gli sposi per contratto di matrimonio, sarà pura, semplice, irrevocabile se non sarà altrimenti manifestato; quando il donante vorrà o che la donazione dipenda dalla sopravvivenza del donatario, ovvero che l'effetto di essa immediatamente consentito, si risolva per la premorienza dello stesso donatario, dovrà espressamente imporre la condizione sospensiva o risolutiva. Se poi i termini usati facessero dubitare, se siasi voluto assoggettire la donazione ad una condizione sospensiva, ovvero ad una risolutiva, sarebbe questo un punto di fatto, una quistione di interpretazione che si risolverà secondo le circostanze.

322. Le donazioni di cui è discorso son soggette secondo il nostro articolo a tutte le regole e forme dianzi stabilite, cioè alle generali stanziate nella prima parte del nostro titolo, e alle speciali scritte nel capitolo VIII.— Così dovranno trascriversi se riguardino immobili (art. 939 (863)) ed essere accompagnate dello stato estimati-

,vo se concernano mobili (art. 948 (872)); non han bisogno che sieno espressamente accettate (articolo 1087 (1042)), son caduche se il matrimonio non avviene (articolo 1088 (1043)). Del resto si sa che elle non son rivocabili per sopravvegnenza di figli (art. 650 (572)); ma a nostro avviso sono tali per cagion d' ingratitudine (art. 659, n. I (580)).

1093 (1048).—La donazione di beni futuri o dei beni presenti e futuri fatta tra gli sposi per contratto di matrimonio, o da un solo di essi, o reciprocamente, soggiacerà alle regole stabilite nel capo precedente, rispetto a tali donazioni che loro venissero fatte da terze persone, eccetto che non sarà trasmissibile ai figli nati dal matrimonio, in caso di premorienza del conjuge donatario al conjuge donante.

323. Le donazioni di beni futuri, o di beni presenti e futuri che gli sposi si fanno per contratto, son governate in tutto dalle regole da noi spiegate sotto gli art. 1082 (1038) e seguenti, tranne che quando elle son fatte agli sposi da terzi, possono estendersi (e si estendono anche di pieno dritto, se non siesi detto il contrario) dove il donatario premorisse ai discendenti che verranno dal matrimonio. All'incontro quelle che si fanno fra loro, non possono mai estendersi ai discendenti, e saran sempre caduche se premorisse lo sposo donatario. Diciamo che non possono mai estendersi ai discendenti. Invero non bisognerebbe credere, come male insegna Duranton (IX, 759), che la donazione potrebbe sortire il suo effetto in vantaggio dei discendenti, mercè una formale dichiarazione del donante. Gli è questo secondo noi errore certo, e che facilmente si dimostra. L'articolo 906 (822) vieta generalmente che si facciano donazioni a chi non sia per anco concepito; gli art. 1082, 1084 (1038, 1040) vi fanno eccezione per le donazioni fatte ai futuri conjugi dai terzi; ma le donazioni fatte dai coniugi fra loro, non essendosi qui riprodotta la eccezione, si reggono con la regola.

Così non si dica essere vietata tal donazione ai figli che verranno; e quindi se in questo o quel caso ella non può aver effetto di pieno dritto, può sempre derivare da una clausola speciale. Non v' ha cosa di ciò più esatta. Cotesta disposizione è vietata, e il divieto è dettato con energia nell'art. 906 (812). Gli art. 1082 (1038) e seguenti tolgono questo divieto per le donazioni fatte ai coniugi da terzi, ma non ve ne ha uno che lo tolga per quelle che si fanno gli sposi fra loro.—È tal sistema del Codice è perfettamente razionale; perocchè qui i beni che *il figlio* non prenderà a titolo di donazione *per la* premorienza del coniuge donatario, li ritroverà nella credità del coniuge donante, per modo che la regola dell' art. 906 (822) non genera alcuna difficoltà; laddove essendo estraneo il donante, il figlio, premorendo lo sposo donatario, avrebbe irrevocabilmente perduto i beni (*Conf.* Delvincourt, Coin-Delisle, n. 4).

324. Il presente articolo mal si esprime dicendo che le donazioni di cui parla non saranno *trasmissibili* ai figli: non essendo tali nemmeno quelle degli art. 1082 e 1084 (1038 e 1040) perchè la premorienza del donatario rende caduca la donazione rispetto a lui; egli quindi nulla raccogliendo non può nulla trasmettere.—Ma cotale espressione, benchè inesatta, rende evidente l'errore di Duranton; avvegnacchè il Codice non dica che la donazione non sarà *trasmessa*, ma *non trasmissibile*, il che importa *che non* solo non sarà di pieno dritto *estesa ai figli*, *fatta* per essi, ma che *non potrà estendersi* ai figli, *farsi* per essi.

Quest' articolo del resto dimostra quel che dicemmo sotto l'art. 959 (884), numero I, cioè, che le donazioni che gli sposi si fanno tra loro, non sono come quelle fatte loro dai terzi, donazioni in contemplazione del matrimonio, e in vantaggio della famiglia che verrà dal matrimonio, ma anzi donazioni in *contempla-*

one del solo *sposo*, fatte in vantaggio rsonale di lui, cotalchè sono necessariamente rivocabili per la ingratitudine di lui.

1094 (T).—Quest'articolo non entra nelle donani che gli sposi si fanno per contratto di mamonio; non appartiene quindi alla serie d'idee e qui si svolgono, nè sappiamo perchè i comlatori l' abbian posto qui in mezzo. Esso tratta lla porzione disponibile fra coniugi (come lo ticolo 1048 (1003) che ne è conseguenza) ed è mune tanto alle donazioni che si fanno gli sposi per contratto di matrimonio, o durante il maimonio, quanto anche alla liberalità che essi si rebbero per testamento. Questo testo sarà dunue collocato immediatamente dopo l'art. 1098 1052) nel nostro terzo paragrafo.

1095 (1049).—Il minore non potrà per contratto di matrimonio donare all' altro sposo tanto per donazione semplice, quanto per donazione reciproca, se non con l'approvazione ed assistenza di coloro, il cui consenso è richiesto per render valide le sue nozze: con tal consenso potrà donare tutto ciò che la legge permette allo sposo maggiore di donare all' altro conjuge.

325. Vuole i mezzi chi vuole il fine. Bisognava adunque permettere al minore cui era lecito ammogliarsi, ch'egli facesse quelle donazioni, convenzioni e clausole che debbono costituire il suo contratto di matrimonio, senza di che per lo più non si recherebbe in atto la progettata unione. Ciò vien fatto dal Codice nel presente, e negli art. 1309 e 1398 (1263 e 1352). Secondo i quali articoli (che dicono tutti e tre quel che da solo dice l'art. 1398 (1352)) il minore può validamente consentire nel contratto di matrimonio tutto quello che farebbe un maggiore; purchè egli sia provveduto all' uopo del consenso che gli è necessario per lo stesso matrimonio.

326. Si badi, che qui il minore non può come negli atti ordinarî essere rappresentato dal suo tutore, o assistito dal curatore; la capacità di lui è speciale in questo caso, ed è tale per il contratto, quale per lo stesso matrimonio. Il minore contrae da se il matrimonio; dunque da se fermerà le clausole e condizioni pecuniarie, senza che altri mai lo rappresenti. Se non che gli è mestieri per ammogliarsi del consenso di queste o quelle persone (art. 148, 149, 150, 158, 159 e 60 (163, 164, 172, 173, 174)); per fare dunque il contratto, egli ha bisogno di tal consenso.

Così, supponiamo una fanciulla di 15 anni, che altri ascendenti non abbia se non che un' avola, e sia sotto la tutela di una zia, ella ha bisogno per maritarsi del consenso dell' ava (art. 150 (164)); non dovendo neppur consultare il tutore nè il consiglio di famiglia; potrà quindi col semplice consenso di lei per tutte le donazioni, e convenzioni che potrebbe un maggiore. In breve, il minore è capace a consentire il contratto, come è ad ammogliarsi: si permettono a lui i mezzi sotto le condizioni che gli permettono il fine: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

§ 2. — *Donazioni fatte tra gli sposi durante il matrimonio.*

1096 (1050). — Qualunque donazione fra conjugi, durante il matrimonio, quantunque si qualifichi per donazione fra vivi, potrà sempre rivocarsi. — La rivocazione potrà farsi dalla moglie, senza esservi autorizzata dal marito o dal giudice.

Tali donazioni non si rivocano per la sopravvegnenza dei figli.

SOMMARIO

I. *Donazioni* fra gli sposi. *Elle son sempre donazioni fra vivi: conseguenze. Dissenso con Duranton ed altri scrittori.*

II. *Pari donazioni possono farsi in tutte le circostanze indicate nel precedente articolo, tranne che non possono mai estendersi ai*

figli non concepiti.

III. Son caduche per la premorienza del donatario.

IV. Son rivocabili per cagione d'ingratitudine, d'inadempimento, e dippiù per la semplice volontà del gravato. Questa ulti[ma] causa di revoca sortisce il suo effetto s[e]condo le regole stanziate per la rev[oca] del testamento: dissenso con Coin-Delis[le].

I. — 327. Le donazioni che si fanno i coniugi durante il matrimonio, quando sono già sposi, e che specialmente chiamansi perciò *donazioni fra sposi*, sono dal Codice trattate con una ristucchevole brevità; e tutte le difficoltà che intorno ad esse insorgono, si potranno solo risolvere da noi coi principî, analogie, e ravvicinamenti trovati all'infuori del testo.

Le donazioni *fra gli sposi*, alla qual parola diamo il senso speciale da noi indicato, si ravvicinano alle disposizioni per testamento, perchè come quelle sono essenzialmente rivocabili dal disponente fino alla sua morte. Ma son sempre oggi donazioni fra vivi, poichè, secondo l'articolo 893 (813), è una disposizione fra vivi quella che non è un testamento.

328. E cotal disposizione, essendo una donazione fra vivi, è dunque soggetta a quelle regole generali relative alle donazioni, a cui per essa non si è specialmente derogato. Così non può farsi che per atto notarile di cui resta minuta (art. 931 (855)); — non può esser valida che mercè la espressa accettazione (art. 932 (856)), perchè l'articolo 1087 (1042) ne dispensa solo le donazioni fatte per contratto di matrimonio; — non potrà mai farsi, per quanto poco ne sia il valore, da uno sposo minore di oltre ai sedici anni (art. 904 (820)) sebbene egli potesse far testamento (*ibid.*); — non potrebbe ridursi alla morte del disponente, che esauriti tutti i legati, e alla sua data (art. 923 (840)), e noi abbiamo abbastanza confutato la contraria dottrina di Duranton, sotto l'art. 923 (840), n. I; — nè sarebbe annullata, non ostante pure il contrario avviso di Duranton (XI, 776) per la morte civile del disponente, poichè l'art. 25 (T) toglie per tal causa l'effetto del testamento; — sarà soggetta se sia di beni presenti, alla necessaria formalità dello stato estimativo pei mobili (art. 948 (872)) e della trascrizione per gl'immobili (art. 939 (863)).

Invero non dee dirsi col più degli scri[t]tori (Grenier, n. 456; Duranton, VIII, 509, ecc.) che l'essere l'atto rivocabile ren[de] inutili lo stato, e la trascrizione. Lo stato sarà necessario, affinchè il donante possa riavere, revocandosi la donazione, tutti i mobili di cui si era spossessato. La trascrizione, egli è vero, è qui senza oggetto contro i terzi in pro dei quali il donante avesse alienato, o ipotecato gl'immobili già donati, perchè il fatto dell'alienazione costituirebbe una revoca, e la concessione d'ipoteca (fatta da chi avesse conservato il dritto di validamente alienare) darebbe efficacemente al creditore il dritto di far vendere la cosa; ma tal trascrizione sarebbe sempre utile rispetto ai creditori, che dopo la donazione potrebbero acquistare ipoteca senza il concorso della volontà del donante (una ipoteca giudiziale).

II. — 329. Gli sposi possono farsi durante il matrimonio quelle varie specie di donazioni prevedute dal precedente capitolo. La prova ne è nei cinque art. 943-947, (867-871) nei quali la legge proibita la donazione di beni futuri, o con riserva di disporne altrimenti più innanzi, o a condizione di pagare altri debiti che non sieno i presenti, e in generale qualunque donazione sotto condizioni che dipendano dalla volontà del donante; dichiara in fine che tal divieto non si estende alle donazioni di cui trattano i capitoli VIII e IX.

D'altronde è chiaro, che la donazione così fatta al coniuge, non potrà mai estendersi in caso di premorienza ai figli non per anche concepiti; non essendo ciò permesso, nemmeno per le donazioni fatte durante il matrimonio (art. 1093 (1048)). Governa sempre il divieto generale dello art. 906 (822); e quando pure la liberalità sia di beni futuri, o di beni presenti e futuri, non può farsi che a chi sia ora esistente.

III. — 330. Ma sembra a noi punto

lto delicato il conoscere se la donazione coniugi che concerna beni presenti, diti caduca per la premorienza del donatario. Non parliamo della donazione di ni futuri o di beni presenti e futuri. Siccome la premorienza rende questa caduca, quando pure sia fatta ai coniugi da 'zi (art 1089 (1044)) o dai coniugi reciprocamente nel contratto di matrimonio rt. 1093 (1048)), così non potrà avere maggiore energia qui, in cui è sempre revocabile, e la caducità dichiarata nei due primi casi si applica con più ragione al terzo. Ma per quanto spetta alle donazioni i beni presenti, la quistione riesce più difficile, sendo muta la legge.

Tutti gli scrittori indistintamente ammettono la caducità (1); ma siccome i più, fanno della donazione fra gli sposi una donazione per causa di morte, mentre noi siam costretti a riconoscere in faccia all' art. 893 (813) che dessa è una donazione fra vivi, la loro soluzione non sarebbe per noi di gran peso. D' altra banda, due decisioni, delle quali una della cassazione, statuiscono (2) non doversi ammettere la caducità. Si può dire infatti che per la donazione di beni presenti, investendosi immediatamente, il donatario, questi, in qualunque tempo muoia, sarà sempre proprietario, e trasmetterà i beni ai suoi eredi.

Noi opiniamo non esser questo il pensiero del legislatore. Già tempo la donazione fra coniugi durante il matrimonio era vietata nei paesi consuetudinari, e permessa in quelli di dritto scritto, sotto la condizione che il donatario sopravvivesse; or il Codice, che la permette senza molto spiegarsi, non ha egli voluto naturalmente continuarla quale sempre era stata? Se avesse in ciò voluto mutare il dritto precedente, non lo avrebbe spiegato, o nel testo dell'articolo o nei lavori preparatori? L'art. 1092 (1047) riproducendo i principî del nostro antico dritto consuetudinario, ha dichiarato positivamente, per la diversità dei principî del dritto scritto, che la donazione di beni presenti fra coniugi per contratto di matrimonio, non reputerebbesi sotto la condizione della sopravvivenza; tal natura pura e semplice della donazione, che sembrava abbastanza risultare dalle regole generali, è stata dal Codice espressamente manifestata, essendovi stato un sistema contrario a quello più razionale che si voleva adottare. Ma se è così, se il legislatore ha dovuto spiegarsi, onde respingere la condizione di sopravvivenza in un caso in cui venia rigettato dalle nostre consuetudini, e in cui trattavasi di una donazione irrevocabile, come avrebbe taciuto per allontanarla in un caso in cui veniva ammessa dall'antico dritto, e in cui la donazione è dichiarata revocabile a guisa di un legato? Non sarebbe stata necessaria una spiegazione sul proposito più nel secondo, che nel primo articolo? Non è evidente, che tale spiegazione sia divenuta specialmente indispensabile nell'art. 1096 (1030) dopo quella posta nello art. 1092 (1047)? Non è infine evidente che il contrasto dei due articoli mena a riconoscere, che nel nostro esiste continua la condizione di sopravvivenza del donatario per un argomento non solo *a contrario*, come ha detto la Corte di Limoges, ma che per cagion delle circostanze diventa *a fortiori*? Riconosciamo quindi insieme con tutti gli scrittori, che la donazione fra coniugi durante il matrimonio sarà sempre caduca per la premorienza del donatario.

IV. — 331. Le donazioni fra coniugi, rivocabili sempre per la semplice volontà del disponente, tali pur sono per cagion di ingratitudine del donatario, o per lo inadempimento delle condizioni (articolo 975 (901)). Si comprende che coteste due ultime cause di revoca saranno d'ordinario inutili rispetto al donante, perchè essendo libero sempre di revocare a suo libito,

(1) Pothier (*C. de mar.*, n. 595); Toullier (V-918); Grenier (n. 454); Delvincourt, Guilhon (numero 1026); Vazeille (n. 9); Duranton (IX-777); Dalloz (cap. 12, sez. 2, art. 1); R. de Villargues (v. *Don. entre ép.*, n. 32); Championnière e Rigaud (IV-2089); Coin-Delisle (n. 6).

(2) Limoges, 1° febbr. 1840; Cassaz., 18 giugno 1845 (Dev., 40, 2, 241; 45, 1, 638).

non ha bisogno di questa causa legale di revoca ; ma sarebbero utili per gli eredi di lui, ed anche per lui medesimo, se la interdizione, almeno legalmente parlando, gli ritogliesse la propria volontà.

Il Codice non dice in qual modo potrà avvenire la revoca per semplice volontà del donante ; il più degli scrittori da tal silenzio inferiscono , che si dovranno qui applicare le regole stabilite per la revoca dei testamenti (art. 1035 e 1038 (990 e 993)). Ma Coin-Delisle (num. 15), non si accosta a cotal sentenza. Il sapere se deesi riconoscere in questa o quella circostanza una revoca espressa o tacita della donazione, non potrà esser mai secondo lui che un punto di fatto , una quistione intenzionale che sarebbe sempre sovranamente giudicata dalle Corti di appello. Senza fallo, egli dice, sarà ben naturale che i giudici abbiano in tal caso per guida il sistema degli art. 1035, 1038 (990, 993); ma poichè la legge non ve li rimanda , non saranno mai tenuti di conformarvisi rigorosamente.

Se una decisione, ad esempio, ammettesse come efficace la regola contenuta in una scrittura privata, come mai potrebbe venir cassa dalla Corte Suprema ? Qual legge sarebbe stata violata dalla decisione? Noi seguiamo una sentenza ben versa da quella del nostro dotto colle I tribunali debbono osservare non sol testo della legge , ma ben anco la s mente. Non ci sembra che si possa mettere, che il legislatore abbia voluto sciare all'arbitrio dei giudici la revoca de donazioni, quando con tanta cura è sta prescritta la revoca dei testamenti. v'ha cosa che sia più essenzialmente rivocabile di un testamento; e non può per tanto ammettersi che una donazione fra vivi , un atto che abbia immediatamente investito il beneficiato , e conferitogli la proprietà dei beni , possa più facilmente revocarsi dello stesso testamento.

Dire che tutte le circostanze diverse da questa e quella, non potranno rivocare un semplice testamento, vale il medesimo che dire, se non *a fortiori*, almeno *a pari*. che elle non potrebbero rivocare una donazione. Rigettando adunque la opinione di Coin-Delisle, adottiamo la dottrina comune degli scrittori.

332. Conchiudiamo con osservare, che tali donazioni, appunto perchè son rivocabili sempre a libito del disponente, non sono mai rivocate di pieno dritto per sopravvenienza di figli.

1097 (1051). — I conjugi durante il matrimonio, non potranno nè con atto tra vivi, nè con testamento, farsi alcuna donazione scambievole e reciproca con un solo e medesimo atto.

333. La ragione , che per la legge fa che la revocabilità dei testamenti sia incompatibile con un testamento congiuntivo di più persone in un solo atto (ragione da noi spiegata sotto l' art. 968 (893)) dovea anche escludere le donazioni congiuntive fra coniugi, essendo elle parimente revocabili. Conseguentemente, il nostro articolo dichiara che i coniugi non potranno mai farsi vicendevoli liberalità in un solo e medesimo atto , nè per donazione , nè per testamento.

Nei primi tempi del Codice si era pensato , che la nullità pronunziata dal nostro articolo si applicasse pure al caso in cui due coniugi avessero fatto le loro reciproche disposizioni con due atti separati, se fossero stati ricevuti dallo stesso notaro , l' un dopo l' altro immediatamente (Delaporte, decisione di *Rennes*, 15 termidoro anno XV). Era questo un manifesto errore , le cause di *nullità* non possono estendersi; non può quindi invocarsi il nostro articolo , quando le *disposizioni* sieno state fatte con atti separati.

Dippiù, la decisione di *Rennes* è stata cassa ai 25 luglio 1807, e tutti gli scrittori han rigettato la dottrina di *Delaporte*.

§ 3. — *Della quota disponibile fra conjugi.*

1094 (T). — Lo sposo sia nel contratto **matrimonio**, sia durante il matrimonio, **rà nel** caso in cui non lasciasse nè fi-, **nè discendenti** da questi, disporre in **ore dell'** altro conjuge della proprietà **tutto** ciò di cui potrebbe disporre in fa**re di** un estraneo, e potrà pure lasciare **sufrutto** delle totalità di quella porzione di cui la legge proibisce disporre in pregiudizio degli eredi.

E nel caso in cui il conjuge donante lascia figli o discendenti da essi, potrà donare all' altro conjuge, o una quarta parte dei suoi beni in proprietà, ed una quarta in usufrutto, o la metà di tutti i suoi beni soltanto in usufrutto.

SOMMARIO

. *Il coniuge in concorrenza di figli non può ricevere oltre ciò che è stabilito dal secondo paragrafo dello articolo; l' articolo* 913 (829) *non è applicabile a lui. Censura della contraria dottrina di Benech, Demante, Duranton, Valette e Aubry.*

I. Significato *delle parole*, o la metà in usufrutto. *Non ostante l' articolo* 917 (833) *permetterebbero esse di ridursi a questa metà la disposizione di usufrutto che eccedesse tal limite?*

III. Quid, *se il coniuge avesse dichiarato di donare ciò che la legge gli permette; ovvero se avesse riprodotto l'alternativa indicata dal nostro paragrafo, senza dire di chi fosse la scelta.*

IV. Il coniuge, disponendo di tutto l' usufrutto che egli può dare, non può dispensare per lo intero che l' altro coniuge dese cauzione.

V. Rimando all'art 1100 (1054) *per la combinazione del disponibile speciale ai coniugi con quello ordinario.*

I. — 334. Gli articoli 913, 816 (829, 735) nel regolare generalmente la quota disponibile ci han detto: 1° che il disponibile abbraccerebbe tutti i beni, se il disponente non lasciasse nè discendenti, nè ascendenti; 2° la metà, quando vi fossero ascendenti nelle due linee, e il quarto, se ve ne fossero in una sola; 3° infine, la metà in concorrenza di un figlio, un terzo in concorrenza di due, e un quarto se fossero più. Or il nostro articolo ci vien dicendo, che fra coniugi il disponibile comprenderà: 1° se non si lascino figli alla morte, quel che si potrebbe donare a tutti gli altri, e dippiù l'usufrutto di quel che non si potrebbe donare (§ 1); 2° essendovi figli, un quarto di beni in piena proprietà, un altro quarto in usufrutto, ovvero una metà in usufrutto (§ 2).

Questa nuova regola non porgerebbe alcun dubbio nella sua prima parte. Se il coniuge non lascia nè figli, e neanco ascendenti, avrà potuto donare tutti i beni al suo coniuge; lasciando ascendenti o in una, o in ambe le linee, avrà potuto donare i tre quarti nel primo caso, la metà nell'altro, e dippiù l' usufrutto dell' altro quarto dell'altra metà.

335. Ma non è così semplice l' altra parte dell'articolo, essendo controverso se la quota determinata dal nostro secondo paragrafo, sia la sola che il coniuge possa donare, ovvero se sia messa a partito del coniuge questa quota, ovvero l'altra ordinaria dell'art. 915 (831). Dalla regola di questo paragrafo viene stabilita una quota *invariabile* fra coniugi, maggiore di quella dell' art. 913 (829) se vi saranno tre o più figli, minore, se ve ne sarà uno o due; ovvero vien data una semplice facoltà, un favore, di cui potrà usare volendo il coniuge donante, ma che può sempre abbandonare, se stima meglio rimanere nel dritto comune.

A prima veduta sembra che i due articoli 1094 e 1098 (T e 1052) ordinino per le donazioni fra coniugi un sistema completo, e affatto indipendente dalle re-

gole stabilite dagli art. 913-916 (829-852). Infatti gli art. 1094 e 1098 (T e 1052) prevedono tutte le possibili posizioni, o che il coniuge donante muoja senza figli, con, o senza ascendenti (1094, § 1 (T)) o lasci figli venuti dal matrimonio, insieme col coniuge donatario (1094, § 2 (T)), o infine lasci figli di un precedente matrimonio, dopo lo scioglimento del quale abbia disposto in vantaggio di un novello coniuge (1098 (1052)); in tutti i casi vi ha una regola speziale nel capitolo IX del titolo *delle Donazioni*, senza che si debbano allegare regole del capitolo III. — Dippiù, fino in questi ultimi tempi, tutti gli scrittori indistintamente, da Toullier e Grenier, fino a Vazeille e Coin-Delisle, hanno insegnato, trattarsi qui di una quota disponibile, indipendente da quella ordinaria, e non poter quindi i coniugi donarsi mai oltre a ciò che viene stabilito dal secondo paragrafo del nostro art. 1094 (T).

Questa dottrina non ci sembrava neanco controvertibile, quando Benèch, dotto professore di Tolosa, in un intero volume, in cui spiega il nostro solo articolo 1094 (T), si è fatto a svolgere il contrario sistema, con molta abilità, degna, secondo noi, di una causa più bella; e Valètte in un articolo pubblicato dal giornale *le Droit* ha abbracciato del tutto il sistema del suo collega di Tolosa. Quest'ultimo ci fa assapere ancora che il sistema di Benèch, professato già alla scuola di Parigi da Demante, è stato pure seguito da Duranton, e che egli è abilitato a pubblicare che il dotto autore *del Corso di drillo francese* disapprova la opposta dottrina che egli ha insegnato da oltre a vent'anni. D'altra banda, la dottrina di Benèch è stata ammessa da Zachariæ (*Manuale*, IV, pag. 268; *Corso*, V, pag. 205) e Aubry, uno degli annotatori di quest'ultimo, ha mandato la sua adesione a Benèch, dichiarando, che gli sembra *da non potersi sostenere* la contraria sentenza. Or, non ostante i nomi autorevoli, e degni di commendazione, di Benèch, Demante, Duranton, Valètte, Au e Zachariæ, noi siamo più che mai co vinti che essi vanno errati, e quel che più, ci spiace che Valètte nel suo artico degli 11 marzo 1840 non abbia notato la censura fattane da noi or fa due anni, e che Vatimesnil *nel Droit* dei 24 luglio 18[illegible] aveva detto vittoriosa; e tuttochè la nostra sentenza sia dichiarata *da non potersi sostenere*, noi la *sosteniamo* ancora, dimostrando colla maggiore evidenza l'er- rore dei nostri onorevoli contraddittori.

336. Gli argomenti di Benèch son cavati 1° dalla *filosofia del drillo* (pag. 159 e 164); 2° dai testi del Codice (pag. 106 117); 3° dai lavori preparatori degli articoli relativi alla quota disponibile (pagina 117-159). Esaminiamoli uno ad uno successivamente.

1° E primieramente, il dotto professore crede inammissibile che il legislatore abbia potuto vietare che si doni ad un coniuge quanto ad un estraneo; essendo anzi tal qualità una ragione perchè gli si possa dare dippiù. — Si era anticipatamente risposto a tale obiezione, con dire, che le liberalità notevoli son più a temersi, e si faranno più facilmente in vantaggio di un coniuge, che dello estraneo. Così un figlio naturale che certamente ha maggiori diritti ai beni che un estraneo (e che infatti è uno di quelli che vi succedono *ab intestato*) non può ricevere ciò che si potrebbe donare allo estraneo, perchè il suo autore avrebbe la maggiore inclinazione di fargli grandi liberalità. Un padre non darà ad un estraneo la metà delle sue sostanze, se gravi ragioni non lo muovano a punire il suo figliuolo; mentrechè *se la legge* non vi si opponesse, egli facilmente la darebbe alla madre del figlio. Similmente, secondo questo saviissimo principio, chi contrae seconde nozze non può mai donar più del quarto al suo novello coniuge, quando pure potesse donare allo estraneo un terzo, od una metà. *Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat* (1).

(1) I compilatori del Codice a differenza degli onorevoli avversari a cui rispondiamo, erano uomini di pratica. Or nella pratica si scorge con meraviglia, come gli sposi tendano molto a do-

Ma, dice Benèch (pag. 147), non è e-
tta la spiegazione dell'art. 1094 (T), po-
ndo *alle volte* il coniuge ricevere più
gli altri. Se fosse vero il motivo, dato
i voi all' art. 1094 (T), avrebbe il Co-
ce impedito che il coniuge ricevesse *mai*
ianto lo estraneo. — Lo errore qui è pal-
ibile. Il Codice ha protetto i figli dalla
ndenza di donare al coniuge, non già
er *ogni sorta* di liberalità, ma per quelle
i *gran momento*. Vietare le liberalità di
n terzo, o di una metà, che non vietate
arebbero state molto frequenti, fu saggio
onsiglio; ma si sarebbe spinta molto in
à, e fatta cattiva una bella regola, proi-
bendo in generale che si donasse al con-
iuge, altrettanto, ed anche più che ad un
estraneo. Il mio coniuge può esser pove-
ro, ed a me non poteva vietarsi di lasciar-
gli tanto che gli bastasse a vivere dopo
la mia morte, come era vissuto durante
la mia unione. Eccovi il perchè la legge
mi faculta a legargli morendo oltre un
quarto di nuda proprietà, la metà del-
l'usufrutto dei miei beni, quando pure que-
sta quota fosse maggiore di quella che io
possa donare allo estraneo. E siccome il
coniuge avrà sempre gli stessi bisogni o
con uno, o con due, tre, o più figli, così
comprendesi di leggieri che il Codice ha
qui stabilito un disponibile invariabile, e
indipendente dal numero dei figli. Adun-
que questa regola, anzicchè *assurda*, co-
me pretende Benèch (pag. 162), è invece
molto logica.

2° L' argomento cavato dai testi si re-
stringe a ciò: l'art. 902 (818) dichiara,
che qualunque persona può donare o ri-
cevere, se non sia dichiarata incapace dalla
legge. D'altra mano, dice l'art. 913 (829)
che le liberalità non potranno sorpassare
la metà, il terzo, o il quarto dei beni,
secondo che il disponente lasci uno, due,
o più figli; dunque i coniugi saran capaci
di donarsi in tali proporzioni, se non vi
ha alcun testo, che ne li dichiari incapa-
ci. Il testo manca, avvegnachè il nostro
articolo 1094 (T) a differenza degli arti-
coli 913 e 1098 (829 e 1052), non dice
che il coniuge *non potrà donare che*, ma
solamente, *potrà donare*; gli è facultati-
vo, e non proibitivo. — Noi non compren-
diamo la forza di tale argomento, conclu-
dentissimo secondo Valètte. Potremmo dap-
prima dire, che nella quistione non entra
l'art. 902 (818) il quale si occupa della
capacità delle persone, mentre qui par-
liamo della disponibilità dei beni, e quindi
di statuti reali, siccome noi abbiamo spie-
gato sopra l'art. 3 (5). Ma del resto l'ar-
gomento non risolve pienamente la qui-
stione, anzi questa sorge dal fatto stesso
in cui esso si fonda; perocchè la quistio-
ne sorge unicamente dal dirsi nel nostro
articolo *potrà donare*. Se l'articolo dices-
se: «*il coniuge non potrà donare che*»
non vi potrebbe essere più quistione. Lo
argomento dunque lascia le cose quali e-
rano; e bisogna indagare se il legislatore
nello indicarci ciò che il coniuge *potrà*

nare l'uno all'altro, e poco a donare ai loro figli. I coniugi sono troppo inclinati, anche prima di conoscere qual sia la quota disponibile fra loro, ad assicurare reciprocamente a quel che sopravvive, tutto ciò che la legge faculta di donare; talmente che, se fosse loro permesso, essi si donerebbero la totalità dei loro beni. Qual parsimonia al contrario verso i figli! In quasi tutti i contratti di matrimonio si dice, dando una dote (per quanto tenue si fosse), che essa è data non pel padre e la madre insieme, non per chi dei due sia dell' altro più ricco, ma per quel coniuge che non si conosce, nè sarà noto che appresso, cioè per quello che morirà il primo, affinchè la dote sia presa, per intero sulla sua eredità, e il superstite non abbia a conferir nulla (V. articolo 1439 (T), numero III). Quante cautele contro i figli in vantaggio del coniuge!

E in faccia a tali fatti si lamenta che il legislatore restringa entro giusti confini il disponibile *fra i* coniugi in concorrenza di figli! — Ma invero lo sposo superstite adunque, essendovi pur figli, è desso tanto infelice; e non è molto per lui il potere riunire al suo proprio patrimonio (che egli intatto conserva colla imputazione delle doti sulla eredità di quello che premuore) il godimento per tutta la sua vita, della metà dei beni dell' altro, oltre ad un quarto di proprietà? — Quando il padre che insieme colla moglie ha acquistato un patrimonio di 15,000 fr. di rendite, muore lasciando due figli, e dona alla moglie ciò che gli è permesso dall' art. 1094 (T), non è molto per la vedova *sola* e *senza obblighi*, il conservare una rendita annuale di 9.000 FR., quando ciascuno dei due figli *che spesso ha sulle spalle una giovine famiglia*, ne avrà solo 500?

donare, non abbia voluto significare *tutto* ciò che potrà donare.

Gli argomenti tratti dallo spirito della legge, e cavati dai lavori preparatori del Codice, sono pertanto i soli che debbono solvere la quistione; vedremo se si può accettare il modo di soluzione dato da Benèch, Valette ed altri.

337. 3° Benèch traendo prima argomento dalle relazioni fra il nostro articolo 1094 (T), e i testi che prescrivono il disponibile ordinario, fa osservare che lo art. 1094 (T) è stato sempre lo stesso, e trovasi nel Codice quale era stato nei varî progetti succedutisi dopo quello Jacqueminot; mentre le regole degl'art. 913, 916 (829, 832) diventarono quali oggi si leggono dopo varî mutamenti della regola primitiva formulata dall'art. 16 dello stesso progetto Jacqueminot.

Ciò è vero. La regola del nostro articolo non è stata mai modificata, neanco nei termini, tranne la lievissima mutazione del *potrà* nel *può*. Al contrario il sistema degli art. 913, 916 (829, 832) era in principio ben diverso da quello d'oggi. Nel primo sistema il disponibile era: 1° del quarto dei beni se il disponente lasciasse figli, senza riguardo al loro numero; 2° della metà, se lasciasse ascendenti, fratelli o sorelle, o discendenti di fratelli o sorelle; 3° di tre quarti, se lasciasse zii, prozii, o cugini germani; 4° infine della totalità, mancando i parenti sopra indicati (Fenét. tom. 1, pag. 360, art. 16).—Il disponibile, come ben si scorge, essendovi figli o altri discendenti, era invariabilmente del quarto, mentre oggidì varia secondo il numero dei figli esistenti (o rappresentati da altri discendenti) o del quarto o del terzo, o della metà; era poi data una riserva, non solo agli ascendenti, ma anche a moltissimi collaterali. Adunque nel progetto del sistema che venne appresso modificato, cioè negli art. 16 e 151 (divenuti gli art. 913, 916 e 1094 del Codice (829, 832 e T) esisteva una armonia perfetta, la più semplice relazione per cui chiaramente spiegasi il modo onde fu il nostro articolo compilato. Infatti, dichiarava l'art. 16 che in mancanza di scendenti era dovuta la riserva agli asc denti, e a molti collaterali; e il primo ragrafo del nostro articolo diceva che tal caso il coniuge poteva donare all' tro, ciò che potrebbe donare ad altri. dippiù l'usufrutto della porzione riserva *agli eredi*; la quale espressione, se mol vaga è oggi, non potendo applicarsi c agli ascendenti, era allora ben propria comprendendo cogli ascendenti, molti collaterali. Il secondo paragrafo era sempli cissimo: diceva l'art. 16 che essendovi discendenti, il disponibile era sempre di un quarto; e il nostro paragrafo dichiarava che il coniuge in tal caso potrebbe donare questo stesso quarto, oltre *un quarto* di usufrutto; e siccome l'art. 17 (*relativo* alle disposizioni fatte soltanto in usufrutto), permetteva solo che si donasse in usufrutto ciò che si poteva donare in proprietà, permettevasi dal nostro articolo, che si donasse fra coniugi questo stesso quarto di usufrutto, dippiù un altro quarto, cioè l'usufrutto della metà dei beni.

Il nostro articolo restringevasi a dire che il disponibile sarebbe per un coniuge, nè più nè meno lo stesso che per qualunque altro, tranne che vi si potrebbe aggiungere l'usufrutto. Esso dunque cresceva il disponibile ordinario del coniuge; e perciò non avea detto: « il coniuge *non potrà* » il che sarebbe stato il medesimo che restringere, e non già estendere come in fatti si voleva.

Da ciò muove Benèch, e l' argomento che egli fa è il più forte fra tutti, il solo veramente specioso. Dacchè i compilatori del Codice, egli dice, dettarono l' articolo 1094 (T) per estendere *in vantaggio* dei coniugi il disponibile ordinario, dacchè vollero che il coniuge potesse sempre ottenere più dello estraneo; han dunque voluto che il coniuge si avvantaggiasse degli aumenti che essi recarono più innanzi al disponibile ordinario. Essi qui accordano a lui un quarto in proprietà, oltre un quarto in usufrutto per tutti i casi che possano avvenire, cioè, quand'anche lo estraneo non potesse a-

·e che il quarto in proprietà, essi sottendono forzatamente, che egli potrà ·re ricevere il terzo, o la metà in proietà, nel caso in cui si può donarli allo ·traneo.

Lasciando che questa conclusione sia ·entita *dagli stessi fatti*, mostriamo il ·zio dell'argomento d'onde si è cavata.

Il vizio sta nella prima proposizione, ·lla maggiore del sillogismo. Egli è evi·ente, si dice, dal paragone degli arti·oli 16 e 151 del progetto Jacqueminot, ·he al coniuge si voleva donare più che ·gli estranei. La proposizione è vera in ·n senso, falsa in quello che le dà Benèch. Si voleva donare al coniuge più di quello ·*he si donava al presente agli estranei*; ·na non già più di quello che potrebbe essere accordato agli estranei per tutti i posteriori mutamenti. Quando non si donava invariabilmente agli estranei che un quarto di piena proprietà, si diceva essere un quarto insufficiente per un coniuge; un coniuge povero potere aver bisogno d'una liberalità maggiore, e bisognava aggiungere per lui un quarto d'usufrutto al quarto di piena proprietà; ma non si diceva, nè v' era ragione di dire, che il quarto in piena proprietà, oltre un quarto in usufrutto, dovrebbe essere aumentato, se in alcuni casi si fosse cresciuto il disponibile stabilito per gli estranei. Non si diceva, parlando assolutamente, e per tutti i casi che potessero avvenire; « bisogna che un coniuge abbia più che un estraneo; ma semplicemente e in un senso relativo affatto alla quota dianzi stabilita: bisogna che un coniuge abbia *più del quarto* assegnato al presente agli estranei ». E prova di ciò è il modo stesso onde fu il nostro paragrafo compilato; avvegnachè se i compilatori avessero voluto quel che oggi si vuole, avrebbero certamente detto nel secondo, non che nel primo paragrafo, che il coniuge avrebbe ciò *che si potrebbe donare ad un estraneo*, oltre un quarto di usufrutto; ma al contrario, si è voluto qui stabilire in modo assoluto e indipendente (e senza riferirsi alla quota ordinaria, come nel primo paragrafo) la cifra che riguarda i coniugi: ciòè un quarto in proprietà, ed un quarto in usufrutto. Si avverta che se i compilatori avessero diversamente da noi pensato, essi non avrebbero pur fatto due paragrafi nell'articolo, ma detto in una sola frase: « il coniuge può donare al suo coniuge, tutto ciò che può ad un estraneo, ed inoltre lasciando discendenti, un quarto di usufrutto; non lasciandone, tutto l'usufrutto della porzione disponibile ».

337 *bis*. Benech adduce per nuovo argomento una osservazione che faceva Berlier al Consiglio di Stato nel tempo della discussione dell'art. 1098 (1052). Questo articolo, indicando qual sia la frazione di cui può disporre lo sposo, che già abbia figli di un primo letto, in vantaggio del nuovo coniuge, accordava sulle prime una parte di figlio legittimo prendente il meno *in usufrutto soltanto*. Cambacérès propose permettersi la disposizione della parte in piena proprietà. Berlier riconoscendo ragionevole tal proposta, faceva osservare che conveniva temperare la regola. « Perocchè, diceva, se essendovi un solo figlio o due del primo matrimonio, e niuno essendovene del secondo; può il nuovo sposo, dividendo con essi, avere la metà o il terzo della successione ». Quindi propose dirsi che il nuovo sposo non potesse vantaggiare più del quarto della successione. L'articolo fu adottato secondo le riforme del console Cambacérès e di Berlier (Fenet, t. XII, p. 416, 417). — Or dice Benèch, se allorchè fu votato l'articolo 1094 (T), il consiglio non osò concedere al nuovo sposo una parte di figlio assolutamente e senza restrizione, perchè così potevasi in certi casi fargli avere il terzo o la metà dei beni, dunque esso non vieta agli sposi di donarsi il terzo o la metà... In altro luogo (p. 171-177) Benèch svolge altra volta cosiffatto argomento, appoggiandolo sull'analisi di Maleville, la quale è nient'altro che la esposizione della discussione del Consiglio di Stato. « Fu osservato, così egli dice, che convenisse limitare la facoltà di disporre accordata allo sposo che passa a seconde nozze poi-

chè sarebbe duro che essendovi uno o due figli del primo letto, egli potesse donare al suo secondo coniuge la metà o il terzo dei beni. Quindi fu ridotta al quarto della porzione che in simigliante caso fosse disponibile ». Dunque, soggiunge Benèch, Maleville ben comprende al pari di Berlier nel proporre la sua emenda e del Consiglio intero nell'adottarla, che la disposizione di un terzo o di una metà non era proibita in vantaggio dello sposo..

Valette crede tale argomento concludente, e ripete dopo Benèch che la proposta di Berlier supponeva non essere proibita dall' art. 1094 (T) la disposizione di un terzo o di metà.

Nulladimeno non havvi ragionamento più inesatto..... Certo la proposizione Berlier supponeva la facoltà di disporre d'un terzo o di metà, poichè mirava appunto a toglierla. Ma a chi supponeva che potessero donarsi tali parti? al *secondo conjuge* del matrimonio di cui non vi fossero figli: Diceva Berlier, « se essendovi un figlio o due *del primo matrimonio, e niuno del secondo*, IL NOVELLO SPOSO può avere la metà o il terzo ». Anche Maleville affermava che era necessario mettere un limite al dritto di disporre *dello sposo che passasse* A SECONDE *nozze*, essendo duro che esistendo un figlio o due *del primo letto*, potesse donare la metà o il terzo, *al suo secondo coniuge* ». Così la riforma suppone unicamente che l'art. 1094 (T) non vieti la donazione del terzo o della metà al coniuge *di un nuovo letto* nella esistenza di figli *di un letto precedente* (il che è semplicissimo, poichè l'art. 1094 (T) non parla di tal caso, che è regolato dallo articolo 1098 (1052)). La riforma quindi è interamente estranea alla nostra quistione, la quale riguarda solo i figli *comuni* ai due sposi.

Inoltre, le parole di Berlier « Se essendovi *un figlio o due del primo matrimonio*, E NIUNO DEL SECONDO..... » non che supporre la idea da noi combattuta, appalesano la contraria.

Non altrimenti che se non si fosse adottata la riforma di Berlier, il secondo sposo avrebbe avuto la metà se esista un figlio del primo matrimonio, e *nessuno del secondo*, così nel pensiero di Berlièr lo sposo avrebbe il terzo solo quando vi fossero due figli del primo matrimonio *e niuno ne esistesse del secondo. Or se* il secondo sposo avesse avuto il terzo con due figli, *ambidue del primo matrimonio*, se non l' avesse potuto quando un solo dei figli esistesse del *primo*, e l'altro *fosse* del *secondo* vale a dire *comune*, è da conchiudere dunque che l'art. 1094 (T) *fra* sposi che avessero figli comuni negava il terzo, e permetteva solo il quarto!...

Vediamo adesso come sia interpetrato il nostro articolo dal Maleville, *il quale* al dire di Benèch professa la *propria dottrina*, e di cui il suffragio è *autorevole* agli occhi suoi più di quello di tutti gli altri interpetri. — Egli prevede divisamente le tre ipotesi di uno sposo che muoia 1° senza eredi riservatari, 2° con ascendenti, e 3° con discendenti comuni a due sposi. Se non che vuolsi badare se dica, o se solo dia ad intendere che nel terzo caso si può donare ad arbitrio o la quota del nostro articolo, ovvero quella degli articoli 913, 916 (829 M, 832). « Secondo il nostro articolo, egli dice, gli sposi non avendo nè figli, nè ascendenti possono donarsi tutti i loro beni, e ciò è giustissimo — inoltre lo stesso usufrutto della legittima degli ascendenti, oltre della disponibile; e lasciando figli un quarto in proprietà e un quarto in usufrutto, ovvero la metà dell' usufrutto di tutti i beni a loro scelta « (T. II, p. 515).

Benèch copiando questo passo *ha scritto* per errore (almeno nella 2ª *edizione*) nè *discendenti*, *nè figli* invece *di nè figli nè ascendenti*. Anche per errore ha messo un punto finale in vece di un semplice punto e virgola, dopo le parole, *e ciò è giustissimo*, il che sembra che il resto della citazione sia unica frase. Forse questo punto finale, il quale manca nel passo di Maleville, gli ha fatto intendere un senso che non è in quelle parole. Gli è certo però, nè è uopo provarlo, poichè la evidenza non si prova, che Maleville nell'ultimo

nbro della sua frase, quando parla del › in disamina (dei figli comuni) non fa pure motto del preteso dritto di donare quota disponibile degli art. 913-916 9-832). Nulladimeno ha creduto pretar qui *il quadro completo* di ciò che isponibile fra gli sposi nelle tre possiipotesi: 1° quando manchino i riserıri, tutti i beni; 2° quando esistano andenti, il disponibile ordinario, ed inol- l'usufrutto della parte non disponibile; finalmente quando esistano discenden-, un quarto di proprietà, ed inoltre un ıarto d'usufrutto, o pure la metà in usuıtto.

338. Dopo avere, a creder nostro, roveiato da cima a fondo il sistema di Beich, Demante, Valette, ecc. ecc. vediamo : quello contrario posi su salde basi.

Non ci fermiamo punto ad osservare se due art. 1094 e 1098 (T e 1052 M) conngano la spiegazione intera di ciò che reola tutte le ipotesi del disponibile fra spoi. Ciò basterebbe per escludere la pretesa ecessità di rimandare ad altre parti del odice.

Lasciamo anche l'articolo 1099 (1053) he pure sembraci osteggiare specialmen- il sistema contrario. Infatti, la legge pociachè col nostro articolo 1094 (T) deterıina il disponibile di uno sposo senza igli del primo letto, e con l' articolo 1098 1052 M) quello dello sposo che abbia figli di ın matrimonio precedente, dichiara con lo rticolo 1099 (1053) che *gli sposi non poranno donarsi più di quello che loro è tato permesso con le sopraddette disposiioni* ». Volere che tali parole *le sopraddette lisposizioni* si riferiscano al solo art. 1098 1052 M) sembraci assai difficile, parlandosi li più disposizioni; come neppure può facilmente credersi che rimandino agli articoli 913, 916 (829, 832) i quali lontani come ono, non possono essere troppo indicati con e parole *sopraddette*. Sembraci dunque certo che le disposizioni di cui è proibito eccedere il disponibile. sono nè più nè meno gli art. 1094 e 1098 (T e 1052 M). Se non che tralasciando anche siffatto argomento, fermiamoci solo ai lavori preparatori in cui troviamo documenti decisivi (indipendentemente dalle parole di Berlier *e niuno del secondo*, le quali confutano sì bene l'opposto sistema).

Dopo che il nostro titolo fu comunicato officiosamente al Tribunato, fu da questo proposto formalmente di mutarsi il nostro secondo paragrafo, e domandato per l'appunto l'ammessione del sistema, che oggi si presentà da Benéch: il Consiglio di Stato rigettò tal proposizione (Fenet. XII, pagina 467) Benéch procura schivare la conseguenza di questo fatto dicendo che il nostro paragrafo avea il senso proposto dal Tribunato, e che si volea solo più chiaramente-compilato. La risposta non calza, perocchè il motivo onde la sezione di Legislazione sostenea la sua inchiesta era il seguente : La sezione *opina esser giusto* che uno sposo POSSA DONARE all'altro *quel che potrebbe ad uno estraneo (ibid.)* ». Si vede dunque che proponeva il cangiamento, non già affinchè il dritto che ha lo sposo di donare al *suo* coniuge quanto potrebbe ad un estraneo, fosse più nitidamente espresso. ma perchè opinava esser giusto *conferirgli questo dritto* che il progetto non gli dava; questa dimanda fu respinta dal Consiglio di Stato... Similmente dopo che la nostra disposizione fu definitivamente conservata, ed il progetto comunicato officialmente al Tribunato, il rapporto fatto *a nome della sezione che avea dimandato il cangiamento* diceva « Se esistano figli del matrimonio, lo sposo NON *può avere* CHE un quarto in proprietà, ed un quarto in usufrutto, o solo la metà in usufrutto ; *se la disposizione eccedesse queste misure* SAREBBE RIDOTTA (1) ». Ciò è troppo chiaro.

Da ultimo la medesima idea è riprodotta nettamente nella esposizione dei motivi, non

(1) Fenet. t. XII, pagina 572-573 e 621; Riom, marzo 1842; Montpellier, 8 febbr. 1843; Rig., dic. 1844 (Dev., 42, 2, 234; 43, 2, 220; 45, 1, 277). — Vedi pure le nostre nuove osservazioni nella REVUE CRITIQUE (cercando nella tavola del tomo II, par. *Quota disponibile fra gli sposi*).

una ma due volte successivamente. Da prima, dopo aver detto che « lo sposo non lasciando prole, può donare all'altro tutto quel che potrebbe ad un estraneo, ed inoltre l'usufrutto del rimanente », aggiunge che: « se lasci figli le donazioni NON *potranno comprendere* CHE *il quarto dei beni in proprietà*, ecc. ecc. — Un po' più appresso svolgendo queste due idee ci palesa che nella esistenza di soli ascendenti, essendo l'inquietudine e l'affetto di ciascuno sposo maggiore verso quello dei due che sopravviverà, che non verso i parenti i quali debbono succedergli, si seconda l'inclinazione delle affezioni, lasciando allo sposo non solo la libertà di donare al coniuge tutto quel che potrebbe ad un estraneo, ma anche la facoltà di aggiungervi l'usufrutto del rimanente ; che è ben altrimenti allorchè lo sposo lasci figli : *quand' anco sia sicuro che l'altro sposo sopravvivente impieghi i beni il più utilmente che si possa per i figli, essendo i doveri della paternità personali, e lo sposo donante confidandoli a un altro li sconoscerebbe*, EGLI *NON* POTRÀ..... LASCIARE ALL'ALTRO *CHE..... la quota determinata in un quarto* dei beni in proprietà, ecc. ecc. si aggiunge a ciò immediatamente: *dopo aver così circoscritto (così* RISTRETTA*) la facoltà di disporre*, non rimaneva più, ecc. (1).

È dunque certo per tutto ciò che si è detto, non essere più quistione se il nostro articolo sia o no *limitativo*.

Il pensiero della legge è interamente certo, l'opinione degli onorevoli professori di Parigi, di Tolosa e di Strasburgo manifestamente inesatta; e ben a ragione le tre decisioni profferite dopo la pubblicazione di Benéch, e la ritrattazione di Duranton hanno giudicato nel senso della maggioranza degli scrittori (2).

II. — 339. Così lo sposo che morendo lascia figli, può donare al suo secondo coniuge che li ha generato, sia nel contratto del suo matrimonio, o per atto fra vivi in costanza di matrimonio, ovvero per testamento, un quarto della proprietà, inoltre un quarto di usufrutto, ovvero una in usufrutto, e nulla più.

A prima giunta non si sa ben comprendere questa facoltà, essendo il secondo libro compenetrato e più limitato del primo. Poter donare al mio coniuge un quarto in usufrutto ed un quarto di proprietà, è il medesimo che potergli donare un quarto di usufrutto, ed un altro quarto di usufrutto ed un quarto di nuda proprietà, in altri termini, una metà in usufrutto, ed un quarto di nuda proprietà ; ma se posso donargli metà in usufrutto ed un quarto di nuda proprietà, a che soggiungere metà in usufrutto? La risposta che invano han cercato Delvincourt, Duranton (IX-788) e parecchi altri, si rinviene come abbiam veduto, nei lavori preparatori del Codice. È risaputo che l'art. 17 del progetto Jacqueminot (di cui il nostro 1094 (T) formava lo articolo 151) stabiliva per le disposizioni in usufrutto una quota interamente uguale a quella della stessa proprietà; per modo che quantunque l'usufrutto valga molto meno di questa, essendone uno smembramento, pure chi poteva donare un terzo o un quarto di proprietà, poteva donare solo altrettanto in puro usufrutto. Dunque la regola stabilita per lo *sposo era* interamente analoga al sistema dell' ordinaria quota disponibile. cotal che lo sposo poteva donare in proprietà *un quarto* aggiungendovi un quarto d'usufrutto); poteva del pari donare solamente in usufrutto altrettanto (aggiungendovi *sempre l'altro* quarto, val dire due quarti di usufrutto, ovvero la metà).

Tal regola rispetto alla quota disponibile ordinaria, non fu sanzionata *dal Codice*, essendovisi sostituita la disposizione dell'articolo 917 (833), con *cui si permette* al donante la donazione in usufrutto di qualunque valore, salvo a' suoi *riservatari* il dritto d'impedirne la esecuzione, offrendo in vece di abbandonare *la piena* proprietà dell'intero disponibile. Se non che questa regola fu conservata quanto *agli sposi* nel nostro articolo, il quale come abbiam ve-

(1-2) Vedi la nota precedente.

nel numero precedente, non è stato mato da quel che apparve nella sua a compilazione. Dunque se lo sposo se ricevuto dal suo coniuge una libe- à in usufrutto di due terzi, o tre quarti qualunque altra frazione maggiore della à, non potrebbe pretendere che i figli la lasciassero intera, o gli abbando- sero un quarto di usufrutto con un quar- di piena proprietà; ma dovrebbe ve- si ridotta la sua donazione o il suo le- o di usufrutto, ed attenersi all'usufrutto lla metà.

Come è facile supporre siffatta conse- enza non è ammessa da Benéch (pa- na 436, 445). Muovendo il dotto pro- ssore dal principio di sopra confutato, e lo scopo del nostro articolo 1094 (T) ello è di estendere in vantaggio dello oso la quota disponibile ordinaria, per- ettendo per esso ciò che permette per i estranei, di certo dovea far godere llo sposo donatario del beneficio dell'ar- colo 917 (833), in ciò egli è conseguente sè stesso. Ma non è così di R. de Vil- rgues e di Dalloz. Essi mentre qui acco- tansi all'idea di Benéch, aveano profes- ata una dottrina contraria alla sua intorno lla grande quistione del numero prece- ente. Del rimanente la contraddizione di odesti due scrittori deriva dall' aver tra- andato d'investigare nei lavori preparatori. Se essi vi si fossero versati, avrebbero sservato che la regola dell'art. 917 (833) on può stare isolatamente, essendo, co- ne sopra è stata ligata nelle sue fasi in- imamente con tutto il sistema, ond'è che a dottrina di Benéch, o dee accettarsi per ntero, ovvero anche per lo intero rigettarsi. Or noi ne abbiamo dimostrato l'errore (1).

III. — 340. Se non che quantunque la liberalità fatta al coniuge in solo usufrutto, non possa eccedere la metà dei beni, e debba ridursi a tal misura; pure non se ne può di certo inferire che lo sposo, cui dal suo coniuge sia stato donato indefini- tivamente, *quello onde la legge gli per- mette di disporre*, dovrebbe contentarsi della sola metà in usufrutto, e gli sarebbe disdetto di prendere anche la quarta della nuda proprietà. In vero quelle parole si- gnificherebbero: che si dona tutto il dispo- nibile, val dire, tutto ciò che può racchiu- dere la più larga disposizione. Quindi in tal caso lo sposo donatario prenderà il quarto in piena proprietà, e il quarto in usufrutto. La contraria opinione è eviden- temente un errore, che solo Grenier avea professato nelle sue due prime edizioni, ma che ben presto ritrattò per accostarsi alla comune dottrina.

Se lo sposo abbia detto: « dono o lego al mio coniuge un quarto dei miei beni in proprietà, ed un quarto in usufrutto, o la metà di tutti i miei beni in usufrut- to » senza chiarire se la scelta debba farsi da' suoi eredi o dal coniuge, non potrebbe decidersi in modo assoluto se la scelta appartenga a' primi, come crede Duranton (IX-791), ovvero al coniuge siccome vuole Vazeille (numero II). Gli è certo in fatti, come ben osserva Coin-Delisle (n. II) che è una quistione d'intenzione, un punto di fatto, di maniera che spetterebbe ai tri- bunali interpretare secondo le circostanze la mente del disponente.

IV. — 341. È quistione dibattuta, se lo sposo dando al suo coniuge tutto l' usu- frutto onde sia capace disporre nella esi- stenza di eredi riservatari (val dire l'usu- frutto della metà de' suoi beni, se sieno figli, e quello dei beni riservati agli ascen- denti, se sieno ascendenti), possa valida- mente dispensarlo di prestare la cauzione dovuta in principio da qualunque usufrut- tuario (2).

(1) *Conf.* Proudhon (*Usuf.*, n. 346); Levasseus (n. 87); Coin-Delisle (n. 8); Amiens, 15 febbraro 1827; Bourges, 12 marzo 1839; Angers, 8 luglio 1840 (Dev., 39, 2, 273; 40, 2, 391).

(2) *Aff.* Delaporte (art. 1094 (T)). Orléans, 19 dic. 1822; Rouen, 12 giugno 1840; Rig., 17 maggio 1843 (Dev., 43, 1, 481). — *Neg.* Proudhon (*Usuf.*, n. 824); Duranton (IV-811); Dalloz (*Usuf.*, capo I, sez. 3); Zachariæ (II, p. 9); Coin-Delisle (numero 12); Nancy, 21 mag. 1825; Douai, 20 marzo 1833; Parigi, 9 nov. 1836; Rouen, 24 febb. 1842; Douai, 18 marzo 1842 (Dev., 33, 2, 196; 36, 2, 526; 36, 2, 249; 43, 2, 9).

Si dice per la validità, che la cauzione non è dovuta per la stessa natura delle cose, ma solo per ispeciale volontà del legislatore giusta la regola positiva dell'articolo 601 (526), e dacchè essa è formulata pel caso in cui non vi sia dispensa, dicendo: « l'usufruttuario darà cauzione se non ne sia dispensato » il fatto con cui si accorda fa venir meno la regola... Questa interpetrazione ci sembra erronea. Lo articolo non dice: che cessi l'obbligo della cauzione se l' atto contenga una clausola di dispensa, ma che cesserà se l'usufruttuario *sia dispensato* dell'atto. Or i riservatari per l' appunto pretendono che la clausola di dispensa non sia valida, e non produca effetto se legalmente il coniuge *non sia dispensato*. È uopo dunque per evitare un circolo vizioso, abbandonare questo argomento, ed esaminare secondo i principî generali, se la dispensa debba o no produrre effetto. La negativa a nostro credere non è dubbia.

Infatti il dispensare un usufruttuario dal prestare la cauzione, importa esporre la nuda proprietà dei beni a parziale e talvolta intera ruina (specialmente per i mobili, cotalchè riesce evidente) che si possano sottoporre a simigliante eventualità solo i beni, di cui è dato liberamente disporre. Dunque la dispensa di un disponente sarà valida per i beni, di cui la n[uda] proprietà non faccia parte della *legale* [ri]serva. Secondo cotesto principio che a [noi] pare incontrastabile, la dispensa *di* [uno] sposo che lasciando figli dia al suo co[n]iuge una metà in usufrutto, avrà *eff[etto] per un quarto*, vale a dire per metà del[la] disposizione; poichè nelle mani del *disp[o]*nente *un quarto* di nuda proprietà era di[s]sponibile.

Non fa mestieri aggiungere, che se l' erede del disponente fosse figlio *del be*neficiato, nè maggiore degli anni 18, la cauzione non sarebbe dovuta. *Invero al*lora il coniuge prende l'usufrutto *non co*me donatario. ma come usufrut*tuario le*gale, per modo che niente gli *cale l'esser* nulla la dispensa scritta nella disposizione, trovandone un' altra scritta nella legge. Certo non ne abbisognano due... Se non che se il figlio compia il suo diciottesimo anno, o il coniuge perda in qualunque altro modo il suo usufrutto, l' ulteriore esercizio di esso rientrerà immediatamente sotto la regola da noi indicata.

V. — 342. Più appresso sotto l'articolo 1100 (1054) dopo avere esaurito l'argomento della quota disponibile fra coniugi, terremo discorso delle difficoltà che ingeneransi dalla unione di essa con la quota disponibile ordinaria.

1098 (1052 M). — Il marito o la moglie che avendo figli di altro matrimonio, ne contrarrà un secondo od ulteriore, non potrà donare al nuovo sposo che una parte eguale alla minore che sia per pervenire ad uno dei figli legittimi, senza *che in* verun caso, queste donazioni possono eccedere il quarto dei beni. *

SOMMARIO

I. Origine romana di questa disposizione. Si applica al figlio o discendente unico e da parecchi. Riguarda le donazioni fatte al novello sposo in costanza del novello matrimonio, o per occasione di esso: inesattezza di Toullier.

II. Come si calcola la parte del figlio che prende il meno.

III. Del caso in cui una persona avendo figli si rimariti.

IV. L'eccesso darebbe luogo ad una semplice riduzione. Errore di Coin-Delisle.

V. La riduzione può solo domandarsi dai figli del precedente matrimonio; ma giova agli altri. Dissentimento dagli scrittori.

* Il corrispondente art. 1032 è così concepito: « L'uomo o la donna che, avendo figli di altro matrimonio, ne contragga un secondo o altro ulteriore, non potrà donare al nuovo conjuge più della quota di quel figlio legittimo che prenderà il meno ».

I. — 343. I secondi e susseguenti matrimonî sono stati sempre riguardati, bene ragione con disfavore, specialmente esistendo figli di un nodo anteriore. Quantunque i nostri diversi legislatori non li abbiano giammai interdetto, anche esistendo figli di un precedente coniuge, non han dubitato attraversarli a fin di proteggere gl'interessi pecuniari dei figli. Due leggi romane (*Feminae, quae... Hac edictali lege...* Cod. l. V, t. IX. 3 e 6) osservate nelle nostre province di dritto scritto, aveano fatto alle vedove con figli le seguenti proibizioni. Vietava la prima la donazione ai loro novelli sposi (ed anco l'alienazione ad ogni altro che non fosse figlio) dei beni derivanti da' loro precedenti coniugi; proibiva l'altra le liberalità agli sposi, più larghe della parte presa dal figlio meno favorito nella loro successione. Un editto del luglio 1560 dovuto al cancelliere *de l'Opital*, conosciuto col nome di *Editto delle seconde nozze*, rese tali regole comuni a tutta la Francia. La prima disposizione non fu richiamata in vigore dal Codice; ma il nostro articolo riproduce la seconda, rincarando anzi sulla severità dell'editto col sancire che le donazioni non eccedano la quarta parte dei beni. Del rimanente, l'articolo ha voluto ragguagliare l'uomo alla donna, ed evitare così il vizio della dizione dello editto, il quale parlava di *donne vedove*, ed era stato applicato ai mariti solo dagli scrittori e dalla giurisprudenza (1).

Comecchè l'articolo parli dell'uomo e della donna *con figli*, pure è generalmente riconosciuto doversi evidentemente applicare, esistendo, sia un solo figlio o parecchi, e nipoti o altri discendenti, non che figli di primo grado.

344. Del pari è evidente che trattasi di donazioni fatte da una persona vedova (avente uno o più discendenti dal primo matrimonio) *al suo novello sposo*, val dire a quello che sia al presente suo coniuge, o con cui sia stabilito un prossimo congiungimento..... Potrà alle volte dubitarsi se la donazione fatta prima del matrimonio sia stata in considerazione di esso; così due persone si fanno reciprocamente una liberalità, e quantunque nel far ciò non abbiano pensato punto di sposarsi, più tardi si uniscono in matrimonio; al contrario potrebbero aver fatta la donazione prima, e separatamente dal contratto di matrimonio per eludere la legge, e schivare la regola del nostro articolo. Or in tal dubbio vi ha certo una quistione di fatto, che i tribunali devono decidere secondo le circostanze. « La donazione è stata fatta forse in considerazione del matrimonio dai coniugi più tardi conchiuso o pur no? » Se non che è uopo non obbliare il principio elementare, che sempre è presunta la buona fede e non la frode; il che non avremmo ricordato, se non avessimo letto in Toullier che il nostro articolo va applicato « alla donazione fatta in costanza di matrimonio, o per contratto di matrimonio, *od anche prima, meno che le circostanze non rivelino la buona fede* (V. n. 876) ». Egli è evidente che bisogna dare un senso opposto a tale proposizione, dicendo che lo articolo *non si applica* alle donazioni fatte prima del contratto di matrimonio, *meno che le circostanze non dimostrino la cattiva fede*. Egli è vero che il breve intervallo di tempo sarebbe per sè solo una circostanza sufficiente a far dimostrare la cattiva fede; ma è pur vero che la buona fede dee sempre presumersi, e produrre i suoi effetti fino alla prova contraria.

II. — 345. La legge permette che sii doni al nuovo sposo una parte uguale a quella del figlio che avrà il meno, purchè per altro non si ecceda il quarto dei beni.

Primieramente, può donarsi *una parte di figlio*, vale a dire che il novello coniuge può evidentemente noverarsi come un figlio di più. Così, se lo sposo lasci quattro figli, può donare alla seconda moglie, non un quarto, ma un quinto. In fatti i quattro figli e la sposa prendono un quinto per ciascuno, cosicchè quest'ultima ha veramente una porzione di figlio; ma

(1) Ved. l'editto sotto il nostro articolo nel *Codice Tripier*.

se essa prendesse una quarta, ed i quattro figli dovessero dividere fra loro i tre quarti, ciascuno di costoro avrebbe meno di quella, la quale per tal modo riceverebbe più di una parte di figlio. Giusta siffatto principio, lo sposo può avere con tre figli una quarta, con cinque una sesta, con sei una settima e via discorrendo. Se non che può donarsi solo una parte del figlio *che prenda il meno*. Se dunque uno o più figli sieno avvantaggiati da una precapienza, per modo che abbiano parti ineguali, il nuovo coniuge non può avere più di quello che riceva il figlio meno favorito. Suppongasi quindi sei figli e 80,000 franchi di patrimonio ; il padre , benchè possa disporre di un quarto cioè di 20 mila franchi (art. 913 (829)) non potrebbe donarne 5,000 ad un figlio e 15,000 alla seconda moglie, perocchè così uno dei figli avrebbe 15,000 , ciascuno degli altri cinque soli 10,000 fr. e la moglie 15,000; quindi questa riceverebbe una porzione uguale a quella del figlio più avvantaggiato. Se il padre voglia disporre dei suoi 20,000 fr. può donarne solo la metà, cioè 10,000 alla moglie, disponendo degli altri 10,000 a suo piacimento in pro di altri. Gli è certo però, che la porzione del figlio che prenda il meno, la quale non può oltrepassarsi dalla liberalità fatta al coniuge, non è quella che un figlio può avere *in fatto*, ma quella che *gli è dovuta* giusta la legge; cotalchè un figlio può contentarsi di un valore minore della sua quota di riserva , e non dimandare la riduzione che gli sarebbe accordata, ma non può con ciò nuocere ai dritti del coniuge.

Finalmente è mestieri che la liberalità non ecceda *il quarto dei beni*. Così il padre che lasci 60,000 fr. e due figli, non può attribuire a costoro 20,000 fr. e donare gli altri 20,000 alla seconda moglie, chè così costei avrebbe il terzo. In tal caso può unicamente donarle 15,000 fr.

346. Egli è fuori dubbio che per determinare la parte del figlio, bisogna calcolare non solo i figli del primo matrimonio, ma tutti quelli che lasci il donante, per modo che si può conoscere quel che gli è permesso donare, non al momento della nazione, ma solo dopo la sua morte. coversa, se i figli che esistevano al te della donazione fossero, quando muoi sposo, o premorti o colpiti da morte vile, e nissun proprio discendente li presentasse nella successione, non sa bero noverati. Se al contrario fossero presentati da nipoti, sarebbe lo stesso non esser morti. Aggiungasi che se i figli del primo grado fossero morti, i nipoti, anzichè usare della rappresen zione, vengano di proprio capo, la secon moglie avrebbe nè più nè meno l'ugual dritto come se i figli fossero viventi. Suppongasi tre figli che premuoiano lasciando ciascuno due nipoti ; costoro (presentandosi di proprio capo a prendere ciascuno la parte uguale della successione) non possono pretendere che *la* sposa abbia un settimo, perocchè essa prenderà sempre un quarto, ed i suoi nipoti divideranno gli altri tre quarti. In vero la moglie ha dritto ad una *parte di figlio*, e non a una parte di nipote: se la morte dei figli non aumenta il suo dritto e il disponibile del padre, non può almeno scemarli (*ved.* articolo 913 (829), n. I).

347. Sembra evidente che fra i figli discendenti non farebbero numero quelli rimossi dalla successione come indegni, e quelli che vi abbiano rinunziato. È conseguenza del principio da noi stabilito sotto l'art. 913 (829), n. V, che i discendenti i quali rinunziano, non debbono mai esser contati per valutare la porzione disponibile e la riserva. Un tempo è vero coloro che rinunziavano erano ammessi anche nei paesi consuetudinari a dimandare la riserva speciale dello *editto* delle *seconde nozze*, e si contavano quindi per istabilire la parte che potesse prendere il coniuge donatario, quantunque le consuetudini in ogni altro caso negassero la riserva a coloro che rinunziassero. Ma da ciò non possiam nulla inferire per quanto spetta al Codice civile , non ostante la *contraria* sentenza di Chabot (Quest. trans.) e di Grenier (n. 706).

Infatti il dritto romano, seguito un tempo

nostri paesi di dritto scritto, considea la riserva non come una parte di eità dovuta al figlio erede perchè tale, come un dritto speciale che spetta al io per tale sua qualità. La particolare erva creata dalla legge *Hac edictali* fu rtanto soggetta al principio generale; e come *l'editto delle seconde nozze* (1) e estendere ai paesi consuetudinari la gola di quella legge, essa fu accettata uale era, senza sottoporsi ai principî della iserva ordinaria. Ora che il nostro legilatore non conosce più nè diritto romano iè editti, e le diverse disposizioni della egge, quale ne sia la prima origine, han utte lo stesso intendimento, derivano dalla nedesima autorità, e si combinano fra oro con perfetta omogeneità, la riserva prescritta per questo speciale caso non può essere diversa da quella ordinaria. Ed essendo questa dovuta solo agli eredi (come noi provammo sotto l'art. 913 (829), numero IV), il figlio sol quando si conduce da erede può domandar quella di cui è qui discorso, ed egli deve far numero onde stabilire la porzione disponibile verso il secondo coniuge.

348. La porzione di beni dichiarata disponibile dal nostro articolo pel secondo coniuge, può essergli data o per donazione o per testamento, a titolo particolare od universale, per donazione di beni presenti, o di beni futuri. Così avendo quattro figli posso validamente donare o legare alla mia seconda moglie o una *somma* di denaro che rappresenti il valore del quinto dei miei beni, o la tal *casa* o il tal podere, o qualunque altra cosa che non oltrepassi in valore questa medesima frazione, o determinatamente il *quinto* del mio patrimonio, ovvero in generale *una parte di figlio*. Nei primi due casi la disposizione è a titolo particolare; negli altri due a titolo universale. Nel terzo l'oggetto della liberalità è stabilito immediatamente, e sebbene dovesse scemare a forza se sopravvenissero altri figli e la mia eredità fosse accettata da cinque o sei in luogo di quattro, non potrebbe crescere, e sarebbe sempre del quinto anche nel caso di un testamento, e se non lasciassi alla mia morte che uno o due figli o nessuno, avvegnachè abbia dichiarato solo di donare un *quinto* del mio patrimonio. Quando al contrario ho dichiarato di donare una parte di figlio, se l'oggetto della disposizione può scemare, viceversa può anche crescere: e la mia seconda moglie che avrà un quinto se sopravvivano i miei quattro figli ed accettino la mia eredità, ed avrebbe meno se crescesse il numero di figli eredi, avrebbe al contrario un quarto se mancassero uno o più dei miei quattro figli.

Se in questo medesimo caso morissero tutti i miei figli avanti a me, o rinunziassero la mia eredità, qual sarebbe mai l'effetto della disposizione di una parte di figlio, non vi sarebbe più parte di figli, non essendovi più figli; ma siccome il dono di una *parte di figlio* non può altro significare che questo: *la parte maggiore che un secondo coniuge possa avere in concorrenza di figli di un precedente matrimonio*, così il coniuge avrebbe sempre il quarto. Non sarebbe così se il disponente avesse donato tutto quello che avrebbe disponibile alla sua morte; in cotal caso se avesse figli del matrimonio e nessuno del precedente, il coniuge avrebbe un quarto in proprietà oltre un quarto di usufrutto; e non essendovi affatto figli, il coniuge prenderebbe tutto il disponibile in favore di estranei e l'usufrutto degli altri (articolo 1094 (T)).

Sono queste quistioni d'intenzione. Così nel caso di una disposizione che abbia per oggetto *il disponibile* ovvero *una parte di figlio*, se il disponente non avesse formalmente parlato, ovvero se i tribunali decidessero in fatto che egli abbia voluto parlare della porzione disponibile, quando egli parlava o di una parte di figlio qual sarebbe secondo lo stato presente della famiglia, il coniuge gratificato non potrebbe ottenere altro. Del pari si deciderebbe coi termini della disposizione, e in fatto nel

(1) Abbiamo detto che lo editto trovasi sotto lo art. 1098 del *Codice Tripier*.

caso di una donazione fra vivi e per contratto di matrimonio, se dessa sia di beni presenti e indipendente dalla condizione di sopravvivenza (art. 1092 (1047)) ovvero di beni futuri e soggetta alla caducità se premorisse il donatario (art. 1089, 1093 (1044, 1048)).

349. È importante da ultimo osservare che il coniuge donatario o legatario di una parte di figlio, o di una determinata frazione di beni, avrà necessariamente il dritto di comprendere nella massa tutti i beni conferibili onde stabilire il valore della porzione a cui è chiamato. Così il defunto che lascia tre figli e un coniuge donatario del quarto dei suoi beni; ha un patrimonio di 100,000 fr. avendone donato 60,000 a due dei suoi figli senza dispensa di collazione; il coniuge potrà prendere il suo quarto, non solo sui 100,000 che trovansi nella eredità ma anche sui 160,000 franchi che formano realmente la massa a dividersi. Invano opporrebbesi l'art. 858 (777) che chi non sia erede non può domandare la collazione, nè vantaggiarsene. Il donatario non potrà domandar mai la collazione; e se i beni che restano alla morte non fossero bastevoli a dare il suo quarto, non potrebbe pretendere che si facessero le collazioni onde completarsi: nemmeno vantaggiarsi della collazione fatta onde essere pagato il quarto. Ma senza domandare la collazione, nè profittarne se fatta, egli potrà sempre giovarsene, onde valutare il suo quarto in tutta quella estensione che gli spetta.

III.—350. È molto controverso e delicatissimo il conoscere come debba intendersi la regola del nostro articolo, quando vi sieno più matrimonî successivi del coniuge che abbia figli di precedente unione. Duranton (n. 804) opina che la porzione stabilita dall'articolo possa darsi intera a ciascuno dei coniugi ulteriori, purchè le diverse donazioni riunite insieme (aggiungendovi quelle che avrebbero potuto farsi ad altri) non oltrepassino il disponibile ordinario dell'art. 913 (829). Così colui che con un figlio del primo matrimonio, dà un quarto delle sue sostanze alla seconda moglie, potrebbe anche, se non fa altre disposizioni, donare un altro quarto a una terza moglie.—All'incontro, da tutti gli altri scrittori è insegnato che i coniugi successivi non possano ricevere riuniti insieme, se non se la quota qui determinata. Così, nella specie soprariferita, la terza moglie nulla potrebbe ricevere, posciacchè la seconda ha ricevuto il quarto che è il maximum della quota. Parimente, chi ha donato alla seconda moglie una parte di figlio (un quinto con quattro figli, un sesto con cinque, ecc.) non potrebbe nulla più donare alla terza.

Checchè siesi potuto dire da una parte e dall'altra, certo ci sembra, che nè l'uno, nè l'altro dei due sistemi può essere sostenuto o combattuto dal testo del nostro articolo, e che bisogna indagare in altro luogo la mente del legislatore.

351. Primieramente, Duranton fa innanzi osservare che la legge permette a chi contrae un secondo, o un *ulteriore* matrimonio, di donare la quota di cui è discorso *al suo novello coniuge*. Senza fallo si parla nella legge di un secondo o *ulteriore* matrimonio, potendo il caso avvenire, tanto per un secondo, che per un terzo ed un quarto matrimonio, e vi si parla anche di donare tutta intera la quota *ad un sol coniuge* (non monta se terzo o secondo): ma non è naturalmente sottinteso che la quota non sia già esaurita? È vero che il testo parla di donare tutta la quota *ad un sol coniuge*; che suppone poter essere *il coniuge*, tanto il terzo *o il quarto*, quanto il secondo. Ma si badi che si suppone anche fatta *una volta sola* la donazione dell' intero ad un sol coniuge, avvegnachè non si parli del secondo *e ulteriore matrimonio* onde permettere che si attribuisca la quota a *ciaschedun* novello coniuge. Nulla pertanto si può inferire dai termini della legge in sostegno del *primo* sistema.

Al contrario Demante ha creduto che il testo meni a diversa soluzione; e non manifestando le sue idee intorno al secondo sistema (che pone solamente in quistione, come tutti i punti controversi) stima che i termini della legge sien tali da far ri-

gettare quello di Duranton. « Qualsia il partito che si prenda sulla quistione, egli dice, i coniugi novelli non potranno mai essi tutti insieme ricevere più del quarto; dacchè la legge nel supporre parecchie donazioni vuole che in nessun caso esse eccedano il quarto » (t. II, n. 512-4°).

Così, secondo il dotto professore, la fine del nostro testo troncherebbe mezza quistione; essendo formalmente stabilito, che i coniugi successivi, non possano mai ricevere tutti insieme oltre il quarto ; e il solo dubbio sarebbe se nemmeno possano avere tutti insieme oltre una parte di figlio. Se si rispondesse del sì, formerebbesi un terzo sistema che starebbe di mezzo fra quello di Duranton, e quello degli altri scrittori; ad esempio, con sei figli il coniuge che abbia donato alla sua seconda moglie il valore di una parte di figlio, cioè di un settimo dei beni, potrebbe pur donare ad una terza moglie la differenza del settimo ad un quarto. Se non che la interpretazione data da Demante alle parole: *in alcun caso queste donazioni*, non ci sembra più fondata dell' altra che abbiamo rigettato per le parole *un secondo o ulteriore matrimonio... al suo novello coniuge*. Se le parole *queste donazioni* possano significare più donazioni fatte da *un solo* a vari coniugi, secondo che vuole Demante, elle possono anche significare (esprimendo in plurale la medesima idea che nel principio dell'articolo è manifestata in singolare) le donazioni che faranno ai loro novelli coniugi tutti quelli che passano ad altre nozze: *queste donazioni*, *questa specie di donazione*, *le donazioni fatte nel caso di cui si è parlato*.

Parimente, se le parole *in alcun caso* possano comprendere quello di più donazioni fatte da un solo a più coniugi , e significare che nè le donazioni fatte a più nè quelle fatte ad un solo , potranno oltrepassare il quarto , elle possono anche riferirsi solo al caso in cui la parte di figlio fosse maggiore del quarto, ed esser poste quasi a restringere la regola la quale permette di donare questa parte di figlio. Certamente quest'altro senso può esservi; e ciò solo basterebbe, perchè tutto fosse quistione, e venisse meno la certezza che Demante intendeva dare.

Ma quest'altro senso più che possibile, anzi probabilissimo, e quasi certo, avvegnachè l'ultima frase dell'articolo vi sia stata aggiunta sulla domanda di Berlier , il quale la volle solo, affinchè si restringesse la regola principale relativa alla parte di figlio , e s' impedisse che il secondo coniuge non conseguisse mai più del quarto (Fenet, XII, pag. 417, 439). Per altro, la esposizione dei motivi intende per le parole *queste donazioni* , le liberalità che i coniugi fanno ad un sol coniuge novello , e non quelle che uno farebbe a più coniugi successivi: « è stato ordinato che *le donazioni* in vantaggio *del novello coniuge* , non potranno eccedere una parte di figlio, e che *in alcun caso queste donazioni...* (*ibid.*, pag. 573) ». — Non si può dunque credere che i compilatori coll'aggiungere immediatamente la frase ultima dell'articolo, abbiano pensato ciò che suppone Demante.

352. Pertanto la discussione agitata fra Duranton, e gli altri interpreti del Codice non può risolversi secondo il testo, e nemmeno secondo i discorsi del Consiglio di Stato, del Tribunato, del Corpo legislativo. È questo uno dei casi in cui i compilatori non dissero quel che doveano impreteribilmente; il nostro articolo non parla infatti che di donazioni fatte a un sol coniuge, lasciando indecisa la quistione per quelle che si fanno successivamente a più. — Per questo assoluto silenzio dei compilatori rendesi il punto molto delicato.

Ma al postutto è uopo indagare la mente della legge, e dove manchi la certezza , a tenerci a quel che sembra più probabile. — Or la mente della legge sembra esser questa: che la quota del nostro articolo non potrà mai darsi che una volta , o ad un solo novello coniuge , o a più ; e che le parole *al suo novello coniuge*, come le altre *il figlio naturale* nell'articolo 757 (674 M) comprendono tanto il plurale che il singolare.

Ecco per quali idee ci siamo convinti.

Cotesta regola era quella dell'editto delle seconde nozze, e ci sembra ben naturale che i nostri compilatori abbiano voluto conservarla: 1° perchè se avessero voluto far mutamenti, lo avrebbero manifestato in qualche luogo, o nel testo del Codice, o nei lavori preparatori; 2° perchè non è verosimile che siesi voluto elargare anche lo antico disponibile, quando lo si restringeva, non permettendosi di donare la parte di figlio quando oltrepassasse un quarto; 3° da ultimo, perchè nel silenzio dei compilatori incontrasi una parola che fa intravedere lo intendimento di voler continuare intorno a ciò la regola preesistente: essendosi detto nella esposizione dei motivi che « si è *mantenuta* questa savia disposizione » (Fenet, XII, pag. 573) (1).

IV. — 353. La liberalità eccedente la quota permessa dal nostro articolo, non è nulla perchè fatta da un incapace, ma può solamente ridursi al tempo della morte del disponente, se esistano allora figli del precedente matrimonio i quali accettino la eredità.

Infatti, il nostro articolo non stabilisce una regola di capacità, uno statuto personale. Vedemmo sotto l'art. 3 (5), (n. III, IV) che onde distinguere se una legge sia reale o personale, è necessario senza badare ai termini, all'andamento della frase, indagare qual sia in fondo lo scopo ultimo propostosi dal legislatore. Or qui il fine, la idea capitale non è di rendere i novelli coniugi *incapaci* di donarsi oltre quella frazione, dacchè non essendovi figli, son capaci di donarsi *più che ad estranei*, e mancando eredi legittimari, di donarsi *tutti i loro beni*. — Qui dunque come nell' art. 988 (914) e negli articoli 913, 916 (829, 832) si tratta della disponibilità dei beni, e della loro conservazione ad alcuni eredi. Esso è quindi uno statuto reale. Che monta che l'articolo dica: *il marito o la moglie non potrà donare*, essendo i termini di poco rilievo? Forse l'art. 908 (834) non dice parimente: *i figli naturali non potranno ricevere*? Coin-Delisle adunque va grandemente errato dicendo (n. 2) esser questa una legge personale « perchè è concepita in termini negativi che si riferiscono alla persona ».

Se fosse una legge personale, una regola di capacità, il coniuge nel caso di eccedenza ha donato ciò che era incapace di donare, e la donazione è, e sarà nulla, checchè possa poi avvenire. All'incontro, essendo ella reale, e trattando della disponibilità dei beni, renderà applicabile l'art. 920 (839) secondo il quale l'eccedenza genera una riduzione che deve farsi al tempo della morte, e secondo che allora è lo stato della famiglia. Altra conseguenza della *realità* di cotal regola si è che dovrà applicarsi a tutti i beni francesi quand'anche appartenessero a stranieri, e non applicarsi ai beni stranieri, che appartenessero a Francesi (art. 3 (5), n. III).

V. — 354. Essendo la limitazione del disponibile stanziata dal nostro articolo per la donazione fatta al novello coniuge, stabilita nell'interesse dei figli di precedente matrimonio, non potrebbe più darsi luogo a riduzione, se cotesti figli fossero premorti, o morti civilmente; come anche se tutti essi rinunziassero alla eredità del donante, avvegnachè non essendo più eredi, non avrebbero più dritto a riserva. Abbiamo già veduto (n. II, § 6) che *non potrebbe* ammettersi sotto l' *impero* del Codice la regola diversa dell' *antico dritto* che accordava la riduzione *ai figli per* tale loro qualità, astrazion *fatta dal titolo di* eredi.

I figli del matrimonio nel quale, o in contemplazione del quale si è fatta la donazione, non possono mai chiedere la riduzione, la quale è solo stabilita nell'interesse dei figli di precedente unione. Se questi la domandano, gli altri necessariamente ne trarranno vantaggio, perchè colla riduzione rientreranno i beni nella eredità, la quale viene egualmente divisa fra tutti i figli del defunto, a qualsia matri-

(1) *Conf.* Delvincourt, Toullier (V 882); Grenier (712); Vazeille (n. 10); Merlin (*Rép.*, parola *Secondes noces*, § 7, art. 3); Bugnet, *sopra Pothier* (VIII, pag. 438).

nio appartengano (art. 745 (667)). Ma i i del nuovo matrimonio non perchè colla qualità di eredi han dritto di prene la loro parte dei beni prima donache sieno rientrati nella eredità, hanno e il dritto di farveli rientrare. Per far ıtrare i beni nella eredità è mestieri che riduca la donazione; per far ciò è me:ri s'impugni la donazione come eccesa, ma per far ciò è mestieri essere fra elli in favore dei quali sono stati impodei limiti alle liberalità. — Sembrandoci esto evidente, riguardiamo come erronea dottrina contraria del maggior numero gli scrittori (1).

Indarno si dice non dover dipendere dai gli del primo matrimonio il distruggersi dritti degli altri col rinunziare all'azio:. Io posso sempre rinunziare ad un aone costituita solo per me, ma la mia nunzia non distrugge i vostri pretesi dritti, i quali non esistono, nè esisterebbero, se non dopo compita la riduzione. Dicesi anche invano, che sarebbe troppo a temersi la frode, e facile la connivenza fra i figli del primo matrimonio, e il secondo coniuge. I principî del dritto non possono venir meno in faccia ad una frode possibile, ma soltanto in faccia ad una frode provata. Allorquando il giudice valutando i fatti, interrogando le probabilità delle circostanze, dichiarerà esservi frode, i figli del secondo matrimonio potranno essere abilitati ad agire; ma ci sembra impossibile che in principio si accordi loro l'azione. Dippiù l'articolo 1496 (T) prevedendo i vantaggi indiretti fatti a un coniuge, oltre ciò che è stabilito dal nostro articolo, vien dichiarando che in cotal caso *i figli del primo matrimonio* avranno l'azione di riduzione.

1099 (1053). — I conjugi non potranno ıdirettamente donarsi più di quello che ıro è permesso dalle precedenti disposizioni.

Sarà nulla qualunque donazione o *coverta*, o fatta ad *interposta persona*.

SOMMARIO

Fra i coniugi le liberalità indirette son valide, ma debbono ridursi alla quota disponibile; sono nulle quelle fatte con un simulato atto oneroso, o per interposta persona.

II. Censura della contraria dottrina di Duranton e Coin-Delisle.

III. Il nostro articolo si riferisce tanto all'articolo 1094 (T) *che all'art.* 1098 (1052).

I. — 355. La legge, siccome abbiam ıtto osservare sotto l'art. 851 (770), nuıero I, distingue le donazioni indirette, a quelle mentite sotto la forma di un ontratto oneroso, o fatte per interposte ersone. Senza fallo potrebbonsi abbraciare col nome di *donazioni indirette* tutte e liberalità che si fanno per qualunque iesi mezzo obbliquo; di maniera che quelespressione applicherebbesi tanto ai doni ıentiti, o fatti per interposte persone, uanto a tutti gli altri. Ma non è questo linguaggio del Codice, il quale chiama doazioni indirette le liberalità che si mensc ono sotto l'apparenza di un contratto oneroso, e le altre che si fanno per interposte persone; ma non già le liberalità che non manifestandosi apertamente e francamente come tali, si compiono in modo diverso che per uno di cotesti due.

Nè solo il nostro articolo diversamente qualifica queste varie specie di liberalità, ma diversamente anche le tratta, per quanto spetta ai loro risultamenti. Le semplici donazioni indirette dovranno soltanto *ridursi* alla quota disponibile indicata dai precedenti articoli; mentre son *nulle* quelle nascoste sotto la forma di un atto oneroso, o fatte per interposta persona. Così, quando colui che non poteva donare a sua moglie

(1) Grenier (n. 698); Toullier (n. 879); Duranton (817); Vazeille (n. 3); Coin-Delisle (n. 8).

più di 20,000 fr. le ha venduto per 50 mila un podere del valore di 80,000 e datole così per indiretto 30,000 fr., la donazione dovrà ridursi di un terzo. Se poi al contrario egli abbia dichiarato di venderle una casa che le donava, ovvero donato questa casa al padre della moglie, affinchè questi la trasmetta a quella, la donazione rimarrebbe inefficace, quando pure la casa donata non valesse più di 20,000 fr. — La legge, come vien provato dagli articoli 1094, 1098, 1096 e 1100 (T, 1052. 1050 e 1054) dubitando moltissimo del vicendevole ascendente dei coniugi, ha pensato che la simulazione dell'atto oneroso, e la interposizione delle persone che sono i mezzi più ordinarî di frode, sarebbero spesso e largamente usati fra coniugi; e affin di rimuoverli con maggiore efficacia, ha dichiarato con energia. che in cotal caso la donazione resterebbe inefficace: *lex arctius prohibet quod facilius fieri putat*. Così saran sempre nulle fra coniugi coteste donazioni mentite, o fatte per interposte persone, che per altri son valide entro la porzione disponibile.

Questo rigore è anche utile perchè impedisce che i coniugi si facciano, mercè un atto oneroso simulato o per interposte persone, alcuna liberalità che sarebbe irrevocabile contro il voto dell'art. 1096 (1050). Nè si dica infatti, come fa Coin-Delisle (n. 5) e una decisione di Parigi (citata più innanzi), che cotal caso sia compreso nel primo paragrafo del nostro articolo, il quale, dicesi, nel vietare ai coniugi di donarsi per qualsisia mezzo *oltre* ciò che è permesso dalle *soprariferite disposizioni*, si riferisce tanto all'art. 1096 (1050), quanto agli art. 1094 e 1098 (T e 1052). — È evidente il contrario. Donare *oltre ciò che è permesso*, vale il medesimo che donare una porzione maggiore della disp nibile: quello che fa al coniuge una liberalità non eccedente il disponibile, ma che le circostanze renderebbero irrevocabile, viola la legge nel donare in modo diverso da quel che egli poteva, ma non già nel donare oltre ciò di quel che poteva. Adunque le donazioni, le quali mercè un atto mentito, o fatto per interposte persone, violassero la regola dell'art. 1096 (1050) sono impedite, non già dal nostro primo paragrafo, ma soltanto dal secondo.

II. — 356. La nostra dottrina non viene ammessa da tutti. Duranton (IX-831) e Coin-Delisle (n. 14, 26) insegnano che le liberalità fatte fra coniugi con interposizione di persone, o con simulazione di un atto oneroso, non son nulle, ma debbono solo ridursi, come tutte le altre. Essi dicono, che le donazioni, di cui tratta il nostro secondo paragrafo, sono anche evidentemente donazioni indirette; quindi comprese nella disposizione generale *del primo* paragrafo, che le ritiene efficaci fino alla concorrenza del disponibile; che il secondo paragrafo le dichiara soltanto nulle, in quello che eccede il disponibile, e che al postutto è solo la spiegazione, e lo svolgimento del primo.

Ma se nel secondo paragrafo si fosse dovuta soltanto riprodurre identicamente la regola del primo, perchè mai dunque si sarebbe dettato? perchè mai in uno stesso articolo scrivere la stessa regola due volte, in due distinti paragrafi? e perchè dire che la donazione sarà *nulla*, se soltanto si fosse voluto dire, che dovrebbe ridursi, e andar soggetta a *scemamento? Forse* il Codice ha mai usato le *espressioni, nulla, nullità, annullare*, per indicare casi di riduzione? Dalla lettura *degli articoli* 920-930, 1496, 1517, 1595 (837-847, T, T, 1440) e molti altri, si scorgerà, che i compilatori hanno sempre usato le espressioni, *ritogliere o ridurre (retrancher o reduire)*. Senza fallo, avendo detto il Codice in una prima disposizione che i doni fatti indirettamente saranno validi soltanto fino alla concorrenza del disponibile, vuol dire una cosa diversa, aggiungendo essere nulle quelle fatte con un atto oneroso, simulato, o per interposte persone.

357. Indarno si farebbe osservare da Duranton e Coin-Delisle, che l'articolo 911 (827) usa anche la espressione *nulla* per la liberalità fatta ad un incapace (con si-

lato atto oneroso o per interposta per-
a); e che tutti riconoscono che la nul-
in tal caso non sia necessariamente
l'intero, ma solo per quel che eccede
capacità del donatario. Senza fallo, la
eralità sarà nulla in tal caso per quello
e il donatario non potrebbe ricevere, e
sarrebbe efficace, ad esempio, sebbene
ta al medico, o al ministro del culto,
fosse di modico valore (909, n. I (825));
rocchè l'art. 911 (827) dichiara nulla
disposizione in quanto si fa ad un in-
apace. e il donatario non è più tale per
iò che può ricevere. Ma nel nostro ca-
o, la donazione mentita, o fatta per in-
erposta persona, vien dichiarata nulla
erchè si fa ad uno sposo, e certo se vi
an limiti, gradi del più o del meno nella
ncapacità, non ve ne ha nella qualità di
sposo. D'altra parte, per quanto spetta ai
termini dell'art. 911 (827), in esso si parla
di disposizioni *nulle*, cioè perchè son fatte
in vantaggio *d'un incapace*; quindi pre-
vede solo, nel modo con cui è stato com-
pilato, il caso della *incapacità* delle per-
sone (art. 906, 907, 909 e 910 (822,
823, 825, 826)), e solo per estensione e
per analogia si applica al caso della *in-
disponibilità* dei beni, della riducibilità,
(art. 908 (824)). Al contrario, il nostro se-
condo paragrafo non potrebbe spiegarsi nel
sistema da noi combattuto, perchè in esso
si tratterebbe solo di riduzione, e quindi
non potrebbe dirsi che la disposizione sarà
nulla.

Se i nostri avversari non sono molto
concludenti invocando l'articolo 911 (817),
non sono meno col pretendere che il nostro
secondo paragrafo rientri necessariamente
nel primo, e che non potrebbe assoluta-
mente esservi un caso d'indiretta libera-
lità che non si faccia o per interposta per-
sona, o con simulato atto oneroso. Allor-
quando mia moglie separata di beni, e che
ha quindi il libero godimento delle sue ren-
dite (art. 1536 (T)), riceve personalmente
da me una somma di denaro che potrà
impiegare, come frutto delle sue econo-
mie, ov'è mai la interposizione di perso-
na, o la simulazione di un atto oneroso?
Allorquando io tolgo una seconda moglie
senza fare alcun contratto (e quindi sotto
il regime della legale comunione secondo
l'art. 1400 (T)), ed ella acquisti maggiori o
minori vantaggi dalle successioni mobiliari
acquistate appresso in cui la legge gli at-
tribuisce la metà (art. 1401, 1474 (TT),
come vi sarebbe la donazione mascherata
di cui parla il nostro paragrafo? Allorquando
ho stipulato con la seconda moglie un con-
tratto con clausole che tendano ad acqui-
starle un beneficio, ma consentite da me
senza l'intenzione di vantaggiarla, come
si direbbe ancora che le abbia fatto una
donazione mascherata? Allorquando ho
venduto seriamente a mia moglie uno dei
miei beni, sebbene per un prezzo molto
inferiore dell'effettivo, non è questa una
donazione fatta *sotto l'apparenza di una
vendita*, ma una vendita reale in cui
non si è dissimulato o mentito.

Adunque in questi diversi casi non vi è
interposizione di persone, nè simulazione
di atti onerosi. Quindi non siamo più nel
caso del secondo paragrafo, ma in quello
del primo; in esso il Codice vuol parlare
di vantaggi procurati per indiretto, e che
non possano ridursi. Di più, i tre ultimi
casi da noi presentati sono preveduti con
articoli espressi, i quali dichiarano non
darsi allora luogo a riduzione (art. 1496,
1527, 1595 (TT, 1440).

Da ultimo il sistema contrario non è
meglio difeso dai suoi sostenitori con lo
art. 843 (762). Il quale, dicesi, vuole e-
videntemente abbracciare tutte le liberalità
che possano farsi, quando obbliga l'erede
a conferire alla eredità « tutto ciò che ha
ricevuto dal defunto direttamente o *indi-
rettamente* », e quindi i doni indiretti com-
prendono tutte le liberalità che non son
fatte apertamente e formalmente, e di con-
seguenza quelle fatte con un simulato atto
oneroso, o per interposte persone, non che
tutte le altre. A questa obbiezione abbiamo
già risposto con dire che l'art. 843 (762)
il quale sottopone al conferimento i doni
diretti che non sieno fatti *espressamente*
per precapienza, oltre la parte o con di-
spensa di collazione, non riguarda affatto

i doni fatti con simulato atto oneroso o per interposte persone, dacchè questi vengono dispensati (dagli art. 847, 849 e 918 (766, 768, 834)) dalla collazione di pieno dritto, e senza che si fosse manifestata volontà intorno a ciò (ved. articolo 851, n. I, II e III (770). — Del resto, la nostra dottrina è abbracciata dal più degli scrittori e delle decisioni (1).

III. — 358. Taluni nei primi tempi del Codice avean creduto che il nostro articolo riguardasse gli sposi che con figli del primo letto si rimaritino, e quindi si riferisse solo all' art. 1098 (1052 M) e non già all'art. 1094 (T). Questa sembra l'opinione di Grenier (n. 691) e di Toullier (n. 881). Fa meraviglia che Duvergier non abbia notato simile errore, avvegnachè il nostro articolo non parli soltanto di nov sposi, ma di *tutti* gli sposi; indicando i solo la quota permessa dalla precede *disposizione*, ma anche quella perme dalle surriferite disposizioni.

La legge più severa pei secondi o i teriori matrimonî, anzichè pei primi (e sendovi figli di precedenti nozze) scor indiretti vantaggi rispetto a costoro in a cune circostanze che generalmente non i presenterebbero (articolo 1496, 1527 (T T), ma non è certo questa una ragion perchè in un primo matrimonio *si possa* contravvenire alla regola dell' art. 1094 (T) con la simulazione di un atto *oneroso*, o con interposizione di persone, o con alcuno dei mezzi indiretti di cui parla il nostro primo paragrafo (2).

1100 (1054). — Saran considerate come fatte ad interposta persona le donazioni di uno dei conjugi ai suoi figli, o ad uno dei figli dell' altro conjuge, nati da un altro matrimonio; e quelle pure fatte dal donante ai parenti, dei quali l'altro conjuge fosse erede presuntivo al tempo della donazione, ancorchè quest'ultimo non sopravviva al suo parente donatario.

SOMMARIO

I. Sviluppo dell'articolo. Dissenso sopra un punto da Coin-Delisle.
II. Rapporti del disponibile del nostro articolo con quello ordinario. Errore della Corte di cassazione. Censura di Duranton, Valette, ecc.
III. In qual modo si facciano sotto una stessa data le liberalità al coniuge e agli estranei. Dissenso da tutti gli scrittori.

I. — 359. Spesso sarebbe difficile il provare che la donazione fatta manifestamente a questa o quella persona dal coniuge fosse realmente fatta all' altro coniuge, e che l'apparente donatario fosse quello che presti il nome. La legge a scemare tale inconveniente viene indicando una classe di persone che si presumono interposte, di modo che qualunque donazione fatta ad una di esse si reputerà di pieno dritto fatta al coniuge per interposta persona, e sarà nulla, non potendosi nemmeno provare che non vi sia stata interposizione (art. 1352 (1306)) Coteste persone sono: 1° I figli del coniuge che non fossero insieme figli del donante, 2° tutti i parenti di cui il coniuge sia erede presuntivo.

Indichiamo primieramente i figli del coniuge che tali non fossero pure del donante. Infatti sembra a noi certo esser questo il pensiero del nostro articolo quando parla di figli *nati da altro matrimonio*; i compilatori vollero soltanto dire: « i figli che non son nati dal matrimonio presente

(1) Grenier (n. 890); Delvincourt, Toullier (V-901); Dalloz (cap. 12, sez. 4); Rig., 30 nov. 1831; Cassaz., 17 nov. 1854, Parigi, 14 ottobre 1835; Tolosa, 13 marzo 1835; Rig., 29 marzo 1838; Limoges, 6 luglio 1842; Caen, 6 gennaro 1845 (Dev., 32, 1, 134; 34, 1, 769; 35, 2, 392; 36, 2, 343; 38; 1, 481; 43, 2, 27; 45, 2, 393).

(2) *Conf.*, Delvincourt, Favard (alla parola *Contratto di matrimonio*, sez. 4); Duranton (IX-628); Dalloz (cap. 12, sez. 4); Coin-Delisle (n. 2).

e non appartengono insieme a due coniugi »; ma non han potuto pretendere che dessi sieno realmente nati da un matrimonio. In vero non c'è ragione perchè non si presuma la interposizione tanto allorchè la liberalità si fa ad un figlio naturale del coniuge, quanto allorchè si fa al figlio legittimo di lui. Similmente crediamo doversi applicare la regola a tutti i figli di qualsiesi grado, anche agli adottivi, i quali legalmente sono pure figli.

360. I parenti di cui il coniuge era erede presuntivo nel punto in cui si è fatto l'atto di liberalità, si presumono sempre, e perciò solo persone interposte, checchè possa poi seguirne. Così, quando pure il coniuge morisse immediatamente dopo la donazione fatta innanzi il donatario o legatario, e senza esser divenuto suo erede reale, la disposizione non sarà meno nulla. Infatti quel che deesi riguardare è lo stato delle cose nel momento in cui si dona, per conoscere quel che allora avrebbe pensato il donante. Viceversa, dove il coniuge non sia erede presuntivo del parente donatario o legatario quando si fa l'atto, non importa che appresso lo divenga, perchè allora la disposizione non è stata fatta per far passare la cosa al coniuge insieme con la successione del beneficiato.— La contraria dottrina di Coin-Delisle, il quale insegna (numero 9) che per i testamenti bisogna riguardare non il tempo in cui si fanno, ma quello in cui il testatore muore (essendo che il testamento sortisce il suo effetto per la morte), è un errore che deriva dal dimenticare questa idea che la legge ha voluto riguardare la intenzione che aveva il coniuge nel fare la disposizione.

361. Del resto, notiamo potersi sempre provare la interposizione nel caso in cui non si presume di pieno dritto.

Rapporti del disponibile fra coniugi col disponibile ordinario.

II. — 362. Svolte nei quattro art. 1094, 1098, 1099, 1100 (T, 1052 M, 1053, 1054) le regole del disponibile fra coniugi riguardato in se stesso, è mestieri esaminare ora il disponibile nei suoi rapporti con quello ordinario degli art. 913, 915 (829, 831) cioè nei casi in cui concorrano liberalità fatte ad un coniuge insieme con altre fatte ad estranei.

Egli è manifesto dapprima che cotesti due disponibili, ordinario e speciale, non possono essere mai cumulati; nè si potrà donare ad estranei (1) l'intero disponibile degli art. 913, 915 (829, 831) donando allo sposo l'intero disponibile dei nostri articoli 1094 e 1098 (T e 1052 M) ciò è chiaro, perchè essendovi figli il cumulo delle due quote ridurrebbe la riserva ad una frazione minima e veramente derisoria, ed essendovi ascendenti, *sorpasserebbe la totalità del patrimonio*. Dippiù tutti son di accordo nel riconoscere che giammai tutte insieme le liberalità non possono oltrepassare la quota maggiore dei due, e che sarà or l'una, or l'altra.

Così, il disponente non può mai eccedere la quota maggiore del disponibile. Ma potrà anche giungervi sempre senza distinzione di circostanze, e in qualunque ordine sieno fatte le liberalità, purchè lo estraneo da una parte, e il coniuge dall'altra non abbiano ricevuto al di là di ciò che si può loro donare? In altri termini, da chè la liberalità fatta al coniuge non ecceda i limiti posti dagli art. 1094, 1098 (T, 1052 M); e quella fatta allo estraneo non ecceda i limiti posti dagli art. 913, 915 (829, 831) e in fine la riunione delle due non oltrepassi la quota maggiore disponibile, coteste liberalità potranno sempre non soffrir la riduzione? Ciò non è dubbio, quando il disponibile maggiore sia l'ordinario, quello cioè degli art. 913, 915 (829, 831). Così quando il coniuge che

(1) Notiamo che per *estranei* s' intendono in questa materia tutte le persone tranne il coniuge del disponente compresi anche i figli di questo ultimo.

ha un figlio solo, e di cui il disponibile maggiore è di metà in piena proprietà (articolo 913 (829) ha dato prima ad uno estraneo una parte soltanto del disponibile, egli può donare appresso il rimanente al coniuge purchè questo non ecceda nè in proprietà nè in usufrutto la quota stabilita dal nostro capitolo; se egli poi ha incominciato con dare al coniuge il quarto di piena proprietà, e di più il quarto d'usufrutto permesso dall'art. 1094 (T), egli può donare l'altro quarto di nuda proprietà a chi meglio vorrà; non vi sarebbe allora nè ragione nè pretesto, perchè si riducano l'una e l'altra di tali liberalità.

363. Ma se la quota speciale del nostro capitolo è la maggiore, la quistione posta di sopra diverrà dilicata. Senza fallo, egli è certo che donata prima ad un estraneo la quota ordinaria, non si possa poi donare al conjuge la differenza in più, permessa per lui dall'art. 1094 (T). È ancor certo che coteste due liberalità non possano farsi insieme, o con una stessa donazione, o con uno stesso testamento. Ma sarà pur così se la liberalità fatta al conjuge precedesse l'altra? Intorno a ciò non si è d'accordo.

Abbiamo detto che l'affermativa non è dubbia, quando la liberalità dello estraneo sia anteriore a quella del conjuge, o quando tutte due sieno fatte ad un tempo, il che sembra evidente, e i più valenti scrittori ne convengono insieme con la giurisprudenza (1). Così il padre di tre figli dà ad un di loro o a qualunque altro il quarto del suo patrimonio in piena proprietà, e poi al conjuge un quarto in usufrutto: riconoscesi da tutti essere inappuntabili le due liberalità. Così pure un conjuge senza figli, ma che abbia la madre, lega in un testamento al nipote tutto il suo (cioè tutto il disponibile del suo, in altri termini i tre quarti), e alla moglie l'usufrutto del quarto riservato alla madre; nessuno di questi legati par che possa venir ridotto, e la Corte di Lione li ha giustamente mantenuto.

364. Duranton (num. 786) ha censurato tal decisione, pretendendo che la madre dovesse avere il suo quarto in piena proprietà non ostante il testamento, e che il quarto di usufrutto legato alla moglie dovesse prendersi dal legato universale del nipote. Ma erronea è cotal dottrina, nè può essa trionfare mercè il ragionamento fatto all'uopo da Duranton. Egli dice, che il beneficio dell'art. 1094 (T) (il quale permette che si aggiunga al disponibile ordinario l'usufrutto della riserva degli ascendenti) è scritto solo pel conjuge, e a lui deve profittare, mentre qui ne traeva vantaggio il nipote. Ma in che dunque mai *il beneficio* giovava al nipote, dacchè la *sola moglie* prendeva secondo il testamento l'usufrutto della riserva della madre, e il nipote riceveva solo i tre quarti che l'art. 915 (831) permette di donare a qualunque persona? Duranton aggiunge, che con tal sistema sarebbe bastato il legare alla moglie *un solo scudo* perchè al nipote si potesse donare tutto l'usufrutto del quarto riserbato, oltre il disponibile ordinario. Teniamo per fermo, che il dotto professore scrivesse ciò per distrazione. Infatti, si è mantenuto e dovuto mantenere *il legato* dell'usufrutto del quarto riservato alla madre, perchè il legato era fatto alla moglie secondo l'art. 1094 (T), e se l'usufrutto o una *qualunque frazione* di esso fossero stati aggiunti al legato di tre *quarti fatto* al nipote, il legato avrebbe dovuto necessariamente ed evidentemente ridursi ai tre quarti. Duranton dunque non si è compreso.

Di poi, innanzi la Corte di cassazione l'avvocato generale Delangle *tentò* su tal dottrina una censura, la quale meno fondata di quella di Duranton, almeno era meglio ragionata. Egli dice in sostanza, che il dritto di disporre dell'usufrutto *del quarto* riserbato all'ascendente essendo uno estremo rimedio aperto in solo vantaggio del conjuge, non se ne poteva fare uso quando si avevano altri espedienti; che si po-

(1) Lione, 29 gennaro 1824; Rig., 3 genn. 1826; Rig., 18 nov. 1840; Rig., 20 dic. 1847, (Devill., e Car., 1841. I, 90; *J. du Pal.*, t. II de 1840, p. 648; t. 1 de 1848; p. 388).

›va donare tale usufrutto al conjuge quan-o vi si donasse tutto il disponibile; che onarlo nel punto stesso in cui ad un terzo i donava l'intero disponibile ordinario, era › stesso che far profittare di altrettanto uest' ultimo, sulla liberalità del quale il onante avrebbe preso l'usufrutto, se l'art. 094 (T) non fosse stato. Ma era un er-ore non meno palpabile, avvegnacchè se o *posso* donare al mio conjuge i tre quarti rima, ed inoltre l'usufrutto dell'ultimo quar-to, io non vi sono *costretto*, e posso an-che dando i tre quarti al primo che si pre-senta secondo l'art. 915 (831), donare l'u-sufrutto dell'ultimo quarto al conjuge, se-condo l' art. 1094 (T); posso distribuire il mio disponibile come vorrò, purchè non ecceda i limiti legali. Di più la Corte di cassazione con la decisione di sopra rife-rita del 1840 rigettava le conclusioni di Delangle.

Lo stesso Benèch tanto inclinato ad e-stendere la porzione disponibile, come ab-*biam* veduto sotto l'art. 1094 (T), non si *accosta* pienamente al nostro avviso intor-no alla regola qui da noi formulata. Egli insegna (p. 260 e seguenti) che vi sareb-be eccedenza rispetto all'estraneo, se lo sposo con tre figli avesse dato ad un tem-po o la metà di usufrutto allo estraneo, e il quarto di nuda proprietà al conjuge, ovvero il quarto di usufrutto all'estraneo, e il quarto di piena proprietà al conjuge. Noi non potremo abbracciare quest' ultima idea. Vediamo la eccedenza nel primo caso in cui l' estraneo riceve una metà in usu-frutto, dove gli articoli 913 e 917 (829, 833) permettono solo un quarto tanto per l' usufrutto che per la proprietà (vedi n. 366, paragr. 3;) ma non possiamo affatto vederla nel secondo caso in cui l' estraneo riceve solo il quarto dell'usufrutto. Cote-sto sposo non può egli applicare insieme la disposizione, con dire di prendere prima nell' art. 913 (829) il quarto di usufrutto che dà allo estraneo, e poi dà al conjuge il quarto di nuda proprietà che resta in esso art. 913 (829) e poi il quarto di usu-frutto offertogli dall'art. 1094 (T) e in que-sto modo compone egli il quarto di piena proprietà del conjuge? Non è questa la spiegazione che bisognerà sempre dare se-condo la regola che un atto debba inten-dersi *potius ut valeat quam ut periat*?

365. Ci sembra dunque certo che non può farsi mai riduzione, quando ciascu-na delle due liberalità non ecceda i limiti della porzione rispettiva, e la riunione delle due non ecceda la quota maggiore, quella dell' estraneo è anteriore o contemporanea a quella del conjuge. Ma sarà pur così (sempre nella ipotesi in cui la maggiore sia la quota speciale del nostro capitolo), quan-do la liberalità del conjuge sarà anteriore a quella dello estraneo? Così se uno sposo con tre figli ha prima donato alla moglie, madre di essi, il quarto del suo patrimo-nio, e dona poi ad un estraneo un quarto in usufrutto; è dessa valida tal seconda li-beralità? ovvero egli ha donato prima alla moglie una metà in usufrutto, e poi dona all' estraneo un quarto di nuda proprietà; deve conservarsi la seconda disposizione? Moltissimi giureconsulti rispondono del sì; ma altri, e insieme con essi la costante giurisprudenza della Corte Suprema, han giudicato negativamente (1).

È questo uno dei punti più difficili del Codice civile. Ma ciò non isgomenti; ve-diamo se si possa giungere ad una teoria semplice e insieme soda.

366. Si può dire nel primo caso; 1, che l' ordine in cui le due liberalità sono state fatte, è di poco momento per deter-minare la quota disponibile di una perso-na; e quello che ha potuto donare dispo-nendo per un estraneo prima, e pel con-juge dopo, ha potuto egualmente donare primo al conjuge e poi all' estraneo; 2, che in vero il disponibile ordinario è stato aumentato dall' art. 1094 (T) in favore del conjuge, e quindi a lui soltanto può ap-plicarsi cotesto articolo, ma la liberalità fatta a lui deve naturalmente riputarsi fatta

(1) Corte di cassazione, 7 genn. 1824, 21 marzo 1837; 24 giugno 1839; 22 nov. 1843; 24 ottob. 1846; 7 marzo 1849 (Dev., 37, 1, 273, 39, 1, 633; 44, 1, 39, 49, 1 338).

ha un figlio solo, e di cui il disponibile tenu
maggiore è di metà in piena proprietà (articolo 913 (829) ha dato prima ad uno
estraneo una parte soltanto del disponibile, egli può donare appresso il rimanen
al coniuge purchè questo non ecceda
in proprietà nè in usufrutto la quota
bilita dal nostro capitolo; se egli
incominciato con dare al coniuge
di piena proprietà, e di più il
sufrutto permesso dall'art. 10
può donare l'altro quarto di
a chi meglio vorrà; non
nè ragione nè pretesto,
l'una e l'altra di tali

363. Ma se la quot
capitolo è la maggi
di sopra diverrà
è certo che don
la quota ordin ... straor-
nare al con ... non è a-
messa per
cor certo ... evidente esser queste
possano , e che in principio bisogna
nazior come ha fatto sempre la Corte Su-
sarà Ma diciamo non esser tal princi-
ju primo sempre applicabile, e la decisione a
più nostro avviso dover dipendere da una capitale distinzione che deriva tanto dai termini che dallo spirito dell'art. 1094 (T), la qual distinzione non è stata a quanto pare osservata nè dalla Corte di cassazione, nè da Benèch. Valette, Pont ed altri che han combattuto le decisioni di quella.

Confrontata attentamente la disposizione dell'art. 1094 (T) con quella degli art. 915, 917 (829, 833), si nota una differenza, relativa al disponibile in usufrutto di non poco valore per la quistione che trattiamo. Nei casi degli art. 913, 917 (829, 833) il disponibile in usufrutto è il medesimo che quello in proprietà: chi può donare una metà in piena proprietà, non può donare in usufrutto che una metà, se il disponibile in piena proprietà sia di un quarto, non si può oltrepassarlo, quando pure si desse solo dell'usufrutto. Egli è vero, che essendo eccedente la disposizione d'usufrutto, non si può far la riduzione diretta,

LIB. III.

regole ordinarie; gli eredi
non eseguire per nulla
bandonando il dispo
. Ma qualunque
cedenza, ve
si è dato
poteva
el di
d

...ualità.
...scendenti,
...tà un quarto,
...to la metà. Così il
pitolo III, quello del nostro
messa anche da parte la loro diversa
sura secondo i casi, non sono prescritti
dell'uguale maniera, non ne è la stessa
l'indole: l'uno ha una sola misura che si
applica tanto all'usufrutto che alla proprietà; l'altro ne ha due distinte per la proprietà, e per l'usufrutto.

367. Fermato ciò, torniamo alla quistione nostra, cioè, se nel caso in cui il disponibile del nostro capitolo è il maggiore, il coniuge che ne ha donato prima una parte all'altro coniuge, può donar poi la eccedenza ad un estraneo, purchè questa non ecceda il disponibile del capitolo III; in altri termini, se la donazione fatta al coniuge, abbenchè sia la prima, debba pagarsi col credito non ordinario, e tutto speciale del nostro cap. IX, rimanendo così liberi per l'avvenire i crediti ordinari del cap. III.

In principio, secondo noi abbiamo già detto, ci sembra dover rispondere del no, avvegnachè si debba aver ricorso ad un credito supplementario, allorquando sieno esauriti i mezzi ordinari; ha ben ragione in ciò la Corte di cassazione. Ma v'è un caso in cui sarà diversamente, perchè la natura stessa della disposizione dimostrerà essersi potuta soltanto prendere sul disponibile non ordinario del nostro capitolo; e

secondo l' art. 1094 (T) (e lasciando libero il disponibile ordinario) tanto se prima che se ultima di data. Dall' altra banda si risponderà, 1, che le date giovano moltissimo nella nostra materia, dacchè l'autore delle liberalità, può ancora, ovver no disporre secondo che il disponibile sia o pur nò esaurito, e su tal principio fondasi l' art. 923 (840)., il quale fa ridurre la liberalità per ordine di date: 2, che è contrario all' ordine naturale delle cose il dare il *supplimento del disponibile* (cioè il disponibile speciale dell' art. 1094 (T) che merita maggior favore) prima dello stesso disponibile, e di prendere il fondo di riserva prima dei mezzi ordinarî; quindi la prima liberalità dovrà sempre imputarsi sul disponibile dell' art. 913 (829 M) o si fa al conjuge o allo estraneo, ed esaurito il disponibile ordinario (anche in vantaggio del conjuge) resterà solo il credito straordinario dell' art. 1094 (T) che non è aperto per lo estraneo.

Sembraci pertanto evidente esser queste le vere idee, e che in principio bisogna seguirle come ha fatto sempre la Corte Suprema. Ma diciamo non esser tal principio sempre applicabile, e la decisione a nostro avviso dover dipendere da una capitale distinzione che deriva tanto dai termini che dallo spirito dell'art. 1094 (T), la qual distinzione non è stata a quanto pare osservata nè dalla Corte di cassazione, nè da Benèch. Valette, Pont ed altri che han combattuto le decisioni di quella.

Confrontata attentamente la disposizione dell'art. 1094 (T) con quella degli art. 915, 917 (829, 833), si nota una differenza, relativa al disponibile in usufrutto di non poco valore per la quistione che trattiamo. Nei casi degli art. 913, 917 (829, 833) il disponibile in usufrutto è il medesimo che quello in proprietà : chi può donare una metà in piena proprietà, non può donare in usufrutto che una metà, se il disponibile in piena proprietà sia di un quarto, non si può oltrepassarlo, quando pure si desse solo dell' usufrutto. Egli è vero, che essendo eccedente la disposizione d'usufrutto, non si può far la riduzione diretta, secondo le regole ordinarie; gli eredi possono soltanto non eseguire per nulla la disposizione, abbandonando il disponibile in piena proprietà. Ma qualunque sia qui la sanzione dell'eccedenza, ve ne ha certamente, quando si è dato in usufrutto più di quel che non poteva donarsi in proprietà, e la misura del disponibile in proprietà, è pur quella del disponibile in usufrutto (V. il numero 1 dell'art. 917 (833)). Non è così nel nostro art. 1094 (T) : il disponibile in usufrutto eccede di molto quello in proprietà : il conjuge che abbia solo ascendenti, potendo donare in proprietà tre quarti, o una metà, potrà donare la totalità in usufrutto; e quello che abbia discendenti, potendo donare *solo in* proprietà un quarto, potrà donare *in usufrutto* la metà. Così il disponibile del capitolo III, quello del nostro capitolo IX, messa anche da parte la loro diversa misura secondo i casi, non sono prescritti dell' uguale maniera, non ne è la stessa l'indole: l'uno ha una sola misura che si applica tanto all'usufrutto che alla proprietà; l'altro ne ha due distinte per la proprietà. e per l'usufrutto.

367. Fermato ciò, torniamo alla quistione nostra, cioè, se nel caso in cui il disponibile del nostro capitolo è il maggiore, il coniuge che ne ha donato prima una parte all'altro coniuge, può donar poi la eccedenza ad un estraneo, purchè questa non ecceda il disponibile del *capitolo* III.; in altri termini, se la *donazione* fatta al coniuge, abbenchè sia la *prima*, debba pagarsi col credito non ordinario, e tutto speciale del nostro cap. IX, rimanendo così liberi per l'avvenire i crediti ordinarî del cap. III.

In principio, secondo noi abbiamo già detto, ci sembra dover rispondere del no, avvegnachè si debba aver ricorso ad un credito supplementario, allorquando sieno esauriti i mezzi ordinarî; ha ben ragione in ciò la Corte di cassazione. Ma v' è un caso in cui sarà diversamente, perchè la natura stessa della disposizione dimostrerà essersi potuta soltanto prendere sul disponibile non ordinario del nostro capitolo; e

ui sembraci inesatta la giurisprudenza della orte Suprema. Svolgiamo ad uno ad uno principio e la eccezione.

368. Ecco da prima il principio: quando obietto della donazione fatta al coniuge uò prendersi, tanto sul disponibile del ap. III, che su quello del nostro, ci sembra evidente, non ostante la contraddizione i molti giureconsulti, che fa uopo impuarli sul primo.

Così, il coniuge il quale avendo per sua rede legittimaria la madre, abbia donato fra vivi al coniuge i tre quarti del suo patrimonio, nulla potrà più donare ad un estraneo. Egli non ha certamente esaurito tutto il suo disponibile, e potrebbe donare ancora l'usufrutto dell'ultimo quarto; ma non può ad altri donare, che al coniuge. Direbbesi indarno, che il coniuge donati all'altro coniuge *tre quarti* in proprietà, ed *usufrutto* debba riguardarsi, perciò solo *che donava* ad un coniuge, come se prendesse uno dei tre quarti di usufrutto sulla porzione di beni riservata alla madre; quindi ha tolto sul disponibile ordinario tre quarti di nuda proprietà, insieme con *metà dell'usufrutto*, e donerà l'ultimo quarto in usufrutto, conforme all'art. 915 (831) siccome rimanente del disponibile ordinario, e potrà quindi attribuirlo a chi più gli piacerà. Cotal sistema non potrebbe sostenersi; avvegnacchè il supplemento di disponibile accordato dall'art. 1094 (T) (nella specie nostra, l'usufrutto dell'ultimo quarto dei beni) è certamente un estremo mezzo che si può usare mancando tutti gli altri; non potendosi donare quest'ultimo quarto di usufrutto fino a che si abbiano altre porzioni di usufrutto.

Senza fallo, non monta che gli altri tre quarti dell'usufrutto sieno stati donati prima, ovvero nel punto istesso (in ciò s'ingannava Delangle), sieno stati dati anche al coniuge, ovvero ad uno estraneo; ma non debbono ritenersi donando l'ultimo quarto.

Finchè resta un usufrutto nel patrimonio del donante, desso è necessariamente quello che l'art. 915 (831) riserva all'ascendente, e che solo il coniuge a lui può togliere. D'altra parte, da tutti si ammette che non si può mai far godere allo estraneo il beneficio dell'art. 1094 (T); le discrepanze incominciano quando si vuol conoscere, se questa o quella ipotesi farebbe o pur no trar vantaggio allo estraneo. Egli è palpabile che in questo caso ne vantaggerebbe l'estraneo, dacchè senza l'articolo 1094 (T) il coniuge che avrebbe così donato all' altro coniuge i tre quarti del patrimonio, nulla potrebbe più donare allo estraneo: *se cotesto art. 1094 (T) non esistesse, non potrebbe certamente darsi luogo alla vostra seconda donazione!*

Per siffatti motivi, se il coniuge con tre figli abbia dapprima donato un quarto del suo all'altro coniuge, nulla potrà donare ad altri, quantunque possa donare a quello un quarto di usufrutto. Imperocchè questo novello dono potrebbe farsi secondo l' articolo 1094 (T), ma allora non può ad altri farsi che ad un coniuge. Similmente, se il coniuge con tre figli abbia donato un quarto al coniuge soltanto in usufrutto, non potrebbe più donare allo estraneo che il quarto di nuda proprietà che resta disponibile secondo l'art. 913 (829), e non già il quarto di piena proprietà, di cui può anche disporre secondo l'art. 1094 (T).

In breve, quante volte la donazione fatta prima al coniuge possa imputarsi tanto sul disponibile ordinario, che sull'altro; quante volte sia valida, tanto secondo gli articoli 913, 917 (829, 833), quanto secondo il nostro capitolo, e che non sia necessario lo invocare questo capitolo, onde assicurargli il suo effetto; quante volte lo sposo possa donare secondo l' uno o l'altro dei due sistemi, allora, siccome il legislatore non ha potuto consentire che si prendesse dal supplemento eccezionale, o di rigore, quando sieno bastevoli i mezzi ordinarî, la donazione necessariamente, legalmente (e quando pure il donante avesse detto il contrario) dee prendersi sul disponibile ordinario, e quindi non si potrà più donare ad un estraneo, se non quello che possa rimanere del disponibile, dedotta la cosa donata.

In principio adunque la dottrina della

Corte di cassazione, sembraci del tutto esatta, sebbene *ridicola* sia dichiarata da Valette (1).

368 *bis*. Ma allorquando la donazione fatta al coniuge non ha potuto per la stessa legge, essergli fatta, che con quella qualità; allorquando non ha potuto esser valida, che secondo il nostro cap. IX, ed unicamente perchè toccava il disponibile non ordinario, non vi ha necessariamente eccezione a tal principio, e non è allora impossibile che s'imputi sul disponibile degli art. 913, 917 (829, 833)?

Così, quando il coniuge con tre figli ha donato all'altro coniuge *la metà* dei suoi beni *in usufrutto*, la donazione certamente non può dirsi più legalmente fatta secondo gli art. 913, 917 (829, 833) e col disponibile ordinario, perchè secondo cotesti articoli si avrebbe potuto donare un quarto di usufrutto. La donazione è legalmente fatta in forza dell'art. 1094 (T) e col disponibile eccezionale del nostro capitolo. Dunque rimane libera al donante la parte del disponibile ordinario, che non è stata tocca dal dono del disponibile non ordinario; la qual parte che qui è un quarto di nuda proprietà, può donarsi poi a chi si vorrà. Ciò è evidente. Allorquando ho donato tal metà di usufrutto a mia moglie, un sol quarto ha potuto esserle dato per l'art. 913 (829) e l'altro quarto (non secondo la mia volontà, ma secondo le regole del Codice in forza dell'art. 1094 (T); ma avendo preso un quarto di us frutto sul mio disponibile ordinario, i ne trovo ancora un quarto di nuda proprietà. Dippiù si noti, non avere qui a cun peso l'argomento il quale sopra prom tanto bene, che la seconda donazione li rebbe volgere l'art. 1094 (T) in vantaggio dello estraneo. Nè si può più dire « la prova che voi ricavate in vantaggio dall'art. 1094 (T), si è, che *se desso non esistesse, non si potrebbe dar luogo alla vostra seconda donazione* ». Se l'articolo 1094 (T) non esistesse, qui sarebbe stata impossibile la prima donazione: il coniuge non avrebbe potuto ricevere metà di usufrutto, ma soltanto un quarto. Nè si dica che mancando l'art. *1094 (T)* sarebbesi fatta ancora la prima donazione, che solo l'avrebbero impugnata i legittimari, come eccedente i limiti dell'art. 913 (829), e sostituitovi, secondo l'art. 917 (833) il quarto di piena proprietà; il che avrebbe similmente reso impossibile qualunque altra posteriore liberalità. Coteste sono supposizioni gratuite, arbitrarie e del tutto illegali, avvegnachè voi non avete ragione, nè pretesto per dire, che quello che ha donato una metà di usufrutto, quando la legge glielo permetteva, l'avrebbe similmente donato, quando la legge glielo avesse vietato. La prima donazione è dentro i limiti della legge, voi dunque non potete trarre argomento come se ella fosse eccedente.

(1) Valette ha trattato la quistione in modo legislativo, e non in modo giuridico. Ecco in qual modo egli combatte la interpretazione della Corte suprema. È desso, secondo lui « un sistema bizzarro che impedisce gli atti dell'affetto coniugale, moltiplica le complicazioni e le difficoltà, e rende così inquiete le famiglie. La quota disponibile non si offre più allo spirito in modo semplice, sotto un aspetto facile a tutte le intelligenze. Il proprietario, il quale vuol pienamente usare del suo dritto di disporre, deve abbandonarsi a faticose combinazioni. Un tale che non ha figli, ma spera averne, dovrà attendere per collocare il figlio nasciturо nel grado del primo donatario e procurarsi così la quota disponibile maggiore; ma spesso la morte mentre egli attende lo colpirà; cotalchè l'altro coniuge, a cui dovea esser fatta la donazione in secondo luogo, nulla avrà ricevuto ». (*Le Droit* degli 11 marzo 1846).

Non parrebbe che si fosse presente ad una tornata dell'Assemblea legislativa, e si sentisse la censura di un progetto di legge?

Eppure tanto il giureconsulto, che il magistrato non deve cercare se quel sistema sia o pur no buono in se, ma se desso, buono o cattivo, sia o pur no quello della legge. Potrebbesi rispondere all'articolo di Valette: tutte coteste vostre idee possono essere bellissime, ma non fanno per la quistione, *sed nunc non erat hic locus*. Un sistema del tutto ragionevole può essere anche una eresia come interpretazione della legge; e viceversa, un sistema per quanto bizzarro, ridicolo, e immorale fosse in legislazione, può essere esattissimo in dritto. Ne abbiamo un esempio nella malaugurata legge dei 21 giugno 1843 (V. il n. III dell'art. 1317 (1271).

Medesimamente, se il coniuge che a-ndo un ascendente abbia donato all'altro niuge l'usufrutto di tutti i suoi beni, e-, secondo gli esposti principî, potrà li-ramente donare a chi vuole i tre quarti nuda proprietà che son disponibili con-rme all'art. 915 (831) come se il con-ge avesse ricevuto soltanto i tre quarti usufrutto dell'articolo 915 (831), e l'ul-mo quarto restasse all'ascendente.

369. Or le sopra riferite sei decisioni ella Corte Suprema, riguardano propria-nente il caso d'una donazione fatta prima il coniuge soltanto in usufrutto: in tutte sei, essendo la donazione dell'usufrutto di netà fatta al coniuge dall'altro che la-sciava non più che tre figli; la Corte ha giudicato che il coniuge non abbia po-tuto disporre appresso del quarto di nuda proprietà. Noi per fermo opiniamo insieme con molti giureconsulti essere erronea tal dottrina (1); essendo arbitrario il trasformare in dono di proprietà un dono validamente fatto in usufrutto, un dono permesso espressamente in usufrutto dall'articolo 1094 (T), e che non può così mutar natura.

Quando pure la trasformazione e la valutazione dell'usufrutto in proprietà fosse nel sistema del Codice cosa semplice e naturale, e che dovrebbe farsi se fosse vantaggioso, non sarebbe certo qui da ammettersi; avvegnachè non sarebbe utile, anzi controvverrebbe sempre all'art. 1094 (T), e distruggerebbe di arbitrio i dritti del disponente, tranaturando la liberalità che egli potea fare, come ha fatto. Ma all'incontro il Codice, come dicono benissimo Benèch e Pont (*loc. cit.*), ha voluto proscrivere in generale e per quanto più si poteva questa valutazione; e affin di evitarla, l'art. 917 (833) anzichè assoggettare le liberalità eccedenti in usufrutto, alla riduzione diretta ed ordinaria, ha dato soltanto la scelta al riservatario, o di eseguirle per lo intero, o di sopprimerle affatto, rilasciando tutto il disponibile in proprietà. Ciò rende più strano ed illegale il sistema seguito dalla giurisprudenza.

Non è meno strana cotesta altra idea abbracciata egualmente dalla giurisprudenza, e che sembra molto ragionevole a Coin-Delisle (n. 18), di valutare invariabilmente l'usufrutto alla metà della proprietà; come se l'usufrutto costituito per una persona di 90 anni, o che versi sopra un podere che dia il due e mezzo, valesse tanto, quanto quello che appartiene ad un giovine di 25 o 30 anni, o che versi sopra un immobile che produca il cinque o sei per cento.

Sembra evidente che la valutazione dovrà soltanto farsi quando sarà assolutamente indispensabile, e il valore dovrà determinarsi secondo le particolari circostanze di ogni specie.

370. Riassumendo il fin qui detto, diremo: quando le due liberalità fatte una allo estraneo, e l'altra al coniuge, non oltrepassino riunite insieme il maggiore disponibile, e nessuna di esse oltrepassi il suo proprio, sono entrambe del tutto valide; 1° quando sieno fatte insieme, 2° quando quella dello estraneo preceda quella del con-

(1) *Specialmente* Benèch (pag. 300-433); Pont (*Rev. de leg.*, XIX, pag. 260); Dalloz (1839, I, 289); Devill. (VII, 1, 363); Valette (*Le droit*, 11 marzo 1846. — Noi abbiamo citato sei decisioni della Corte suprema, quella degli 11 luglio 1813 citata presso nello stesso senso era in un altra specie, e ci sembra irreprensibile se non in tutti i suoi motivi, almeno nel merito. Il caso era di un usufrutto di metà dei beni donati ad un secondo coniuge da una moglie che avea figli del primo matrimonio; esso dunque era regolato dall'art. 1098 (1052 M) il quale non permette di donare più del *quarto* sia in proprietà, sia anche in usufrutto. V'era quindi eccedenza in tal donazione di metà; e siccome essa era un semplice usufrutto, l'articolo 917 (833) permetteva, o anzi imponeva di trasformarla in donazione della proprietà del disponibile, cioè del quarto; e da altra parte la donatrice lasciava tre figli, e il quarto disponibile pel secondo coniuge, era il solo disponibile per tutti gli altri, ben si son dichiarate nulle tutte le posteriori liberalità. Secondo la nostra dottrina al contrario, sono perfettamente esatte quelle decisioni profferite nelle specie in cui il dono fatto primieramente al coniuge potesse imputarsi tanto sull'uno, che sull'altro disponibile, le quali decisioni insieme colle altre da noi citate sono pure state riprovate dagli scrittori.

iuge. Ma se quella del coniuge abbia preceduto l'altra dello estraneo, è d'uopo distinguere: se il dono fatto prima al coniuge sia tale da imputarsi tanto sull'uno che sull'altro disponibile, s'imputerà tutto *intero* sul disponibile ordinario, di maniera che se fosse pari, lo estraneo nulla potrebbe più ricevere, quand'anche restassero valori disponibili secondo il nostro capitolo; se al contrario il dono del coniuge abbia potuto validamente farsi secondo le regole eccezionali del nostro capitolo, s'imputerà sul disponibile ordinario non già per l'intero, ma per quella parte che fosse lecito di donare giusta gli art. 913, 916 (829, 832).

Notiamo del resto, che le due liberalità non sono successive, nè l' una anteriore all'altra, se non quando una di esse almeno è fatta per donazione fra vivi; avvegnachè se ambedue son fatte per testamento, hanno per data la morte del testatore, essendo il testamento durante la vita del suo autore un progetto che diviene disposizione per la morte di quello (art. 895 (815), n. III).

Di che sorge che la liberalità fatta per donazione sarà sempre anteriore a quella scritta in un testamento, quand'anche questo fosse stato scritto prima.

371. Dobbiamo ora dire, per rispondere ad una quistione che alle volte s'è fatta, che se una prima donazione fatta a chi può solo ricevere la quota minore, sia eccedente, ed abbracci la quota maggiore, quello che ha dritto alla maggiore potrebbe ricevere. e farsi rilasciare quel che dev' essere ritolto dalla prima donazione, o per dir meglio lo equivalente di ciò che deve essere ritolto? Così, il padre di tre figli dà ad un estraneo la metà dei suoi beni e lega alla madre di essi *ciò che la legge consente poter donare*; la moglie potrà pretendere un quarto di usufrutto, perchè la prima liberalità ha potuto solo legalmente versare sopra un quarto di proprietà. Similmente, se il padre di unico figlio abbia donato prima alla moglie la metà dei suoi beni in proprietà, lo estraneo cui avrebbe poi legato *quello di cui può ancora disporre*, avrebbe dritto a un quarto di nuda proprietà, perchè la donazione ha potuto solo legalmente versare sopra un quarto di proprietà, ed un altro di usufrutto. Vana obiezione sarebbe conforme all'art. 921 (838), che il legatario non possa domandare la riduzione nè vantaggiarsene se sia fatta; avvegnachè egli non chieda qui la riduzione, nè voglia che sia menomamente fatta, ma solo che sia eseguita la sua liberalità, rilasciato il suo legato. Non vuole che si faccia riduzione (il che non gl'importa); bisogna *avvertire* che l' erede può far ridurre se vuole; e che la donazione lascia ancora per lui legatario un disponibile che dall' erede non può essere negato. (Ved. art. 921 (838), n. III; art. 457 (482) il n. III).

III. — 372. A terminare questa importante e difficile materia ci resta solo ad esaminare in che modo essendori eccedenza debba farsi la riduzione delle liberalità fatte in un tempo al coniuge e ad estranei. Parliamo solo di quelle fatte ad un tempo, le quali hanno la stessa data, cioè che sono scritte in un solo atto di donazione, ovvero in testamenti o in un solo o in più; perchè tutte le disposizioni testamentarie in qualsia tempo scritte hanno sempre per data la morte del testatore. In fatti, per le altre che hanno date diverse, risultando ciascheduna da una donazione fra vivi e speciale, non potrebbe esservi difficoltà: si applicheranno le regole sopra sviluppate. — Ma quando le liberalità hanno la stessa data, ed essendo ciascuna ristretta nei suoi limiti propri, oltrepassino riunite insieme il maggiore disponibile, in qual maniera dovrà farsi la riduzione? Si farà unica operazione riducendo tutte le disposizioni a un tempo e in proporzione secondo la maggior porzione disponibile; ovvero si dovranno fare più operazioni, dimodochè la liberalità del coniuge, e quella dello estraneo sieno ridotte ciascheduna secondo la sua rispettiva porzione?

È questa una quistione di molto interesse, la quale non è stata abbastanza dagli scrittori rischiarata. Il più di essi sem-

a che non abbiano compresa la difficoltà e presenta.

373. Toullier (V-872) insegna come cosa mplice e che vada da sè, che si dovrà mpre fare una sola operazione riducendo proporzione in una volta tutte le libelità colla medesima data secondo gli ar:oli 923-926 (840-843); fa del resto sservare, che ciò che sarebbe donato usufrutto, dovrà esser prima valutato proprietà affinchè l' oggetto di tutte le beralità costituisse una massa totale, e ' una sola natura (cosa indispensabile). Così un uomo con un figlio del primo marimonio lega alla seconda moglie un quaro, ed una metà allo estraneo; supponenlo un patrimonio di 48,000 fr. il primo egato di 12,000 fr. e il secondo di 24 nila.— Secondo Toullier, essendo la massa lei legati di 36,000 fr. mentre il maggior disponibile era di 24,000, ciaschedun egato dovrà ridursi di un terzo, cotalchè la moglie avrà 8,000 fr. e l'estraneo 16 nila. — Similmente, se uno sposo con tre igli abbia donato un quarto ad un estraneo, e a sua moglie (madre di quei figli) ın quarto in proprietà ed un quarto in ısufrutto (e per ipotesi valga l' usufrutto a metà della proprietà), si dirà che essendosi dal testatore legato alla moglie un quarto e mezzo, ossia 18,000 fr. e allo estraneo un quarto offre 12,000 fr. insomma 30,000 fr. mentrechè il disponibile maggiore era di 18,000, le liberalità oltrepassano il disponibile di 12,000, del qual valore i due legati debbono in proporzione venir ridotti; la moglie dunque avrebbe 10,800 fr. e lo estraneo 2,200. — Questo sistema che applica puramente e semplicemente l' art. 926 (843) e in cui si procede come se il disponibile fosse il medesimo pei vari legatari, non presenterebbe alcun dubbio. — Ma esso non può ammettersi. Essendo il disponibile diverso per ciascuno dei legatari, non si può procedere come se fosse lo stesso per ambedue. Quando a lato di un estraneo che può ricevere una metà, sta un coniuge che può ricevere un quarto, non è conforme alla legge che si faccia la riduzione come se il coniuge potesse anche ricevere una metà; ed eziandio per la seconda specie, è contrario alla legge che lo estraneo che poteva ricevere un quarto, sia ridotto secondo il disponibile di un quarto e mezzo.

Grenier (n. 585) nella sua prima edizione professava la stessa dottrina di Toullier, ma se n'è allontanato nella seconda, in cui non ben svolgendo il suo pensiero dice, che bisogna « regolare ciò che *ciascuno* deve avere secondo quel che la legge permette donargli » fondandosi su due decisioni di Torino e di Agen che egli credeva abbracciassero questa novella dottrina; nella terza edizione torna all'antica idea, perchè le osservazioni di Toullier, secondo egli dice, gli aveano dimostrato che quelle due decisioni non contenessero la dottrina che vi avea scorto.

Delvincourt, che giudicava con maggiore indipendenza, e si formava l'idea senza la dottrina delle decisioni, insegna formalmente doversi riguardare i due donatari come concorrenti fra loro fino al valsente della porzione disponibile che ad essi è comune, e il rimanente appartenere a quello in favore di cui è stabilita la maggiore disponibilità (cap. 1, sez. 3, § 1, nota). In tal sistema, quando il padre di tre figli che lascia un patrimonio di 40,000 fr. ha legato ad un estraneo 12,000 fr. e alla moglie 18,000, si direbbe il disponibile comune a due legatari essere del quarto, ossia 12,000 fr. e facendo la riduzione secondo tal disponibile, la moglie avrà 2,200, e lo estraneo 4,800, e rimanendo un mezzo quarto (il quarto di usufrutto, supposto sempre che esso valga una metà della proprietà) disponibile solo per la moglie, costei prenderà 6,000 fr. dippiù senza che lo estraneo possa avervi parte. — Così il sistema di Delvincourt darebbe alla moglie 13,200 fr. anzicchè 10,800, e allo estraneo soltanto 4,800 in luogo di 7,200.

Duranton (IX-792) con un regolare procedimento tratta la quistione nelle sue tre prime edizioni, non appigliandosi ad alcun partito. Nel testo espone la opinione di Toullier come se egli la seguisse; poi in nota

iuge. Ma se quella del coniuge abbia preceduto l'altra dello estraneo, è d'uopo distinguere: se il dono fatto prima al coniuge sia tale da imputarsi tanto sull'uno che sull'altro disponibile, s'imputerà tutto *intero* sul disponibile ordinario, di maniera che se fosse pari, lo estraneo nulla potrebbe più ricevere, quand'anche restassero valori disponibili secondo il nostro capitolo; se al contrario il dono del coniuge abbia potuto validamente farsi secondo le regole eccezionali del nostro capitolo, s'imputerà sul disponibile ordinario non già per l'intero, ma per quella parte che fosse lecito di donare giusta gli art. 913, 916 (829, 832).

Notiamo del resto, che le due liberalità non sono successive, nè l' una anteriore all'altra, se non quando una di esse almeno è fatta per donazione fra vivi; avvegnachè se ambedue son fatte per testamento, hanno per data la morte del testatore, essendo il testamento durante la vita del suo autore un progetto che diviene disposizione per la morte di quello (art. 895 (815), n. III).

Di che sorge che la liberalità fatta per donazione sarà sempre anteriore a quella scritta in un testamento, quand'anche questo fosse stato scritto prima.

371. Dobbiamo ora dire, per rispondere ad una quistione che alle volte s'è fatta, che se una prima donazione fatta a chi può solo ricevere la quota minore, sia eccedente, ed abbracci la quota maggiore, quello che ha dritto alla maggiore potrebbe ricevere. e farsi rilasciare quel che dev' essere ritolto dalla prima donazione, o per dir meglio lo equivalente di ciò che deve essere ritolto? Così, il padre di tre figli dà ad un estraneo la metà dei suoi beni e lega alla madre di essi *ciò che la legge consente poter donare*; la moglie potrà pretendere un quarto di usufrutto, perchè la prima liberalità ha potuto solo legalmente versare sopra un quarto di proprietà. Similmente, se il padre di unico figlio abbia donato prima alla moglie la metà dei suoi beni in proprietà, lo estraneo cui avrebbe poi legato *quello di cui può ancora disporre*, avrebbe dritto a un quarto di nuda proprietà, perchè donazione ha potuto solo legalmente versare sopra un quarto di proprietà, ed un altro di usufrutto. Vana obiezione sarebbe conforme all'art. 921 (838), che il legatario non possa domandare la riduzione nè vantaggiarsene se sia fatta; avvegnachè egli non chieda qui la riduzione, nè voglia che sia menomamente fatta, ma solo che sia eseguita la sua liberalità, rilasciato il suo legato. Non vuole che si faccia riduzione (il che non gl'importa); *bisogna avvertire* che l' erede può *far ridurre se vuole*; e che la donazione *lascia* ancora per lui legatario un *disponibile che* dall' erede non può essere negato. *(Ved.* art. 921 (838), n. III; art. *457 (482) il* n. III).

III. — 372. A terminare questa importante e difficile materia ci resta solo ad esaminare in che modo essendovi eccedenza debba farsi la riduzione delle liberalità fatte in un tempo al coniuge e ad estranei. Parliamo solo di quelle fatte ad un tempo, le quali hanno la stessa data, cioè che sono scritte in un solo atto di donazione, ovvero in testamenti o in un solo o in più; perchè tutte le disposizioni testamentarie in qualsia tempo scritte hanno sempre per data la morte del testatore. In fatti, per le altre che hanno date diverse, risultando ciascheduna da una donazione fra vivi e speciale, non potrebbe esservi difficoltà: si applicheranno le regole sopra sviluppate. — Ma quando le liberalità hanno la stessa data, ed essendo ciascuna ristretta nei suoi limiti propri, oltrepassino riunite insieme il maggiore disponibile, in qual maniera dovrà farsi la riduzione? Si farà unica operazione riducendo tutte le disposizioni a un tempo e in proporzione secondo la maggior porzione disponibile; ovvero si dovranno fare più operazioni, dimodochè la liberalità del coniuge, e quella dello estraneo sieno ridotte ciascheduna secondo la sua rispettiva porzione?

È questa una quistione di molto interesse, la quale non è stata abbastanza dagli scrittori rischiarata. Il più di essi sem-

i che non abbiano compresa la difficoltà
e presenta.

173. Toullier (V-872) insegna come cosa
nplice e che vada da sè, che si dovrà
mpre fare una sola operazione riducendo
proporzione in una volta tutte le libe-
lità colla medesima data secondo gli ar-
oli 923-926 (840-843); fa del resto
servare, che ciò che sarebbe donato
usufrutto, dovrà esser prima valutato
proprietà affinchè l'oggetto di tutte le
beralità costituisse una massa totale, e
una sola natura (cosa indispensabile).
osì un uomo con un figlio del primo ma-
rimonio lega alla seconda moglie un quar-
o, ed una metà allo estraneo; supponen-
o un patrimonio di 48,000 fr. il primo
egato di 12,000 fr. e il secondo di 24
mila.—Secondo Toullier, essendo la massa
lei legati di 36,000 fr. mentre il mag-
gior disponibile era di 24,000, ciaschedun
egato dovrà ridursi di un terzo, cotalchè
a moglie avrà 8,000 fr. e l'estraneo 16
mila. — Similmente, se uno sposo con tre
igli abbia donato un quarto ad un estra-
neo, e a sua moglie (madre di quei figli)
un quarto in proprietà ed un quarto in
usufrutto (e per ipotesi valga l'usufrutto
a metà della proprietà), si dirà che es-
sendosi dal testatore legato alla moglie un
quarto e mezzo, ossia 18,000 fr. e allo
estraneo un quarto offre 12,000 fr. insomma
30,000 fr. mentrechè il disponibile mag-
giore era di 18,000, le liberalità oltre-
passano il disponibile di 12,000, del qual
valore i due legati debbono in proporzione
venir ridotti; la moglie dunque avrebbe
10,800 fr. e lo estraneo 2,200.— Que-
sto sistema che applica puramente e sem-
plicemente l'art. 926 (843) e in cui si
procede come se il disponibile fosse il me-
desimo pei vari legatari, non presente-
rebbe alcun dubbio.—Ma esso non può
ammettersi. Essendo il disponibile diverso
per ciascuno dei legatari, non si può pro-
cedere come se fosse lo stesso per ambe-
due. Quando a lato di un estraneo che
può ricevere una metà, sta un coniuge
che può ricevere un quarto, non è con-
forme alla legge che si faccia la riduzio-
ne come se il coniuge potesse anche ri-
cevere una metà; ed eziandio per la se-
conda specie, è contrario alla legge che lo
estraneo che poteva ricevere un quarto,
sia ridotto secondo il disponibile di un
quarto e mezzo.

Grenier (n. 585) nella sua prima edi-
zione professava la stessa dottrina di Toul-
lier, ma se n'è allontanato nella seconda,
in cui non ben svolgendo il suo pensiero
dice, che bisogna « regolare ciò che *cia-
scuno* deve avere secondo quel che la leg-
ge permette donargli » fondandosi su due
decisioni di Torino e di Agen che egli cre-
deva abbracciassero questa novella dottri-
na; nella terza edizione torna all'antica
idea, perchè le osservazioni di Toullier,
secondo egli dice, gli aveano dimostrato
che quelle due decisioni non contenessero
la dottrina che vi avea scorto.

Delvincourt, che giudicava con maggiore
indipendenza, e si formava l'idea senza la
dottrina delle decisioni, insegna formal-
mente doversi riguardare i due donatari co-
me concorrenti fra loro fino al valsente
della porzione disponibile che ad essi è
comune, e il rimanente appartenere a quello
in favore di cui è stabilita la maggiore
disponibilità (cap. 1, sez. 3, § 1, nota).
In tal sistema, quando il padre di tre fi-
gli che lascia un patrimonio di 40,000
fr. ha legato ad un estraneo 12,000 fr.
e alla moglie 18,000, si direbbe il dispo-
nibile comune a due legatari essere del
quarto, ossia 12,000 fr. e facendo la ridu-
zione secondo tal disponibile, la moglie a-
vrà 2,200, e lo estraneo 4,800, e rimanendo
un mezzo quarto (il quarto di usufrutto,
supposto sempre che esso valga una metà
della proprietà) disponibile solo per la mo-
glie, costei prenderà 6,000 fr. dippiù sen-
za che lo estraneo possa avervi parte.—Co-
sì il sistema di Delvincourt darebbe alla
moglie 13,200 fr. anzichè 10,800, e allo
estraneo soltanto 4.800 in luogo di 7,200.

Duranton (IX-792) con un regolare pro-
cedimento tratta la quistione nelle sue tre
prime edizioni, non appigliandosi ad alcun
partito. Nel testo espone la opinione di Toul-
lier come se egli la seguisse; poi in nota

conchiude che lo estraneo non debba mai vantaggiarsi di quel maggiore disponibile che è dato dall'art. 1094 (T), il che è secondo la dottrina contraria di Delvincourt. — Ma nell' ultima edizione il dotto professore ha tolto l'ultima frase della nota, e sembra che adotti la falsa opinione di Toullier.

Coin-Delisle (n. 18) presenta lo stesso sistema, senza osservazioni, e senza neppur sospettare la controversia di questo punto. Duvergier infine, nelle sue annotazioni sopra Toullier non fa motto sulla quistione che merita l'attenzione dei giureconsulti.

374. Dei due sistemi il primo a nostro avviso non può affatto ammettersi; il secondo con una grave modificazione. E dapprima, la dottrina di Toullier, Grenier, Coin-Delisle e Duranton non è dessa illegalissima? Voi non potete ridurre secondo un solo disponibile quando la legge ne pone due; nè mantenere fino alla concorrenza di metà dei beni i legati che posson solo valere fino al quarto, e far godere ai legatari di un disponibile stabilito per altri.

Fa mestieri dunque necessariamente, come insegna Delvincourt, ridurre in proporzione tutti i legati secondo il minore disponibile, il solo comune a tutti, affin di riservare l'eccedente ai legatari del disponibile maggiore.

Ma se il primo sistema dà troppo al donatario della quota minore, bisogna anche procedere in modo che il secondo non gli dia troppo poco; il che avverrebbe nel sistema di Delvincourt applicato puramente e semplicemente. Quando il coniuge con un figlio ed un patrimonio di 48,000 fr. lega alla seconda moglie 12,000 fr. e 34 mila ad un estraneo, è necessario, onde non dare alla prima oltre ciò che le spetta, ridurre prima i due legati secondo il disponibile di un quarto e non già secondo l' altro di metà. Ma supponendo per poco che il disponibile dello estraneo sia di un quarto anzichè di metà, deesi pertanto, affinchè non gli si dia troppo secondo questo primo calcolo, fare per uno istante una riduzione proporzionale alla somma del legato e supporre che desso sia di un quarto anzichè di una metà, di 12,000, anzichè di 24,000. In tal modo, invece di dare sul primo quarto 8,000 allo estraneo e 4,000 soltanto al coniuge, ed aggiungere poi alla parte del primo i 12,000 franchi che formeranno soltanto il secondo quarto (il che farebbe 20,000 franchi per l'uno, e 4,000 per l'altro). Si daranno a ciascuno sul primo quarto 6,000 franchi, in modo che la moglie avrà 6,000 franchi e lo estraneo 18,000.

375. Di leggieri si comprende qual sia il nostro sistema, e la differenza del risultamento che produce. Il sistema al postutto è meno complicato di quel che pare: prendere per poco come base della riduzione il disponibile minore, per tutte le liberalità comprese quelle che hanno un dritto al disponibile maggiore, ma s'imprima anche per poco a queste ultime liberalità una diminuzione proporzionale a quella data al loro disponibile; fatta così la riduzione fra tutte le liberalità, il risultamento, definitivo per quelle che han dritto al minor disponibile, e provvisorio soltanto per le altre, si compie dividendo fra queste ultime la parte del disponibile non per anco impiegata.

La differenza dei risultamenti si vedrà in un esempio che porremo per far meglio comprendere i tre sistemi: un padre con un figlio ed un patrimonio di 80 mila franchi ha legato 20,000 alla seconda moglie, 20,000 a Primo e 40,000 a Secondo.

Nel sistema di Toullier si dirà che essendo di 40,000 franchi il disponibile maggiore, ed avendone il defunto legato 80 mila, ciascun legato deve ridursi di metà, cotalchè *si daranno 10,000 franchi alla moglie, 10,000 a Primo, 20,000 a Secondo.*

Nel sistema di Delvincourt si ridurranno i legati (lasciandoli tutti *quali sono*) secondo il disponibile minore *che è il quarto*, onde si daranno 5,000 *alla moglie*, 5,000 a Primo, 10,000 a Secondo; e i 20,000 che rimangono disponibili *si divideranno* fra Primo e Secondo in proporzione dei loro legati, cioè un terzo *ovvero* 6,666 fr., 66 centesimi per uno, e 13,333 franchi,

centesimi per l'altro ; dimodochè alla *si daranno 5,000 franchi alla mo- 4,666 fr. a Primo e 23,333 fran- a Secondo.*

el nostro sistema (credendo noi che rimo calcolo dia troppo alla moglie, e econdo troppo poco) supposto da una no per un momento che il disponibile Primo e di Secondo sia di un quarto, cemandolo per poco di metà, si sceranno parimente di metà le loro due eralità (sempre per un momento). Si à dunque: i due legati di Primo e di condo, supposti di 10,000 e di 20,000 anchi, riuniti insieme con quello di 20 ila fatto alla moglie formano 50,000, cui il minore disponibile (20,000 franchi) rappresenta i due quinti; ciascun legato adunque deve ridursi a due quinti del suo valore presente, per cui si dà 8 mila franchi alla moglie, 4,000 a Primo e 8,000 a Secondo. Fatta tale operazione, resta un disponibile di 20,000 franchi di cui bisogna dare il terzo (6,666 franchi, 66 centesimi) a Primo, e i due terzi (13,333 franchi, 33 centesimi) a Secondo, in modo che alla fine *si daranno 8,000 franchi alla moglie, 10,666 franchi a Primo, e 21,333 a Secondo.*

I 10.000 franchi che secondo il sistema di Toullier si assegnerebbero alla moglie, e secondo quello di Delvincourt si ridurrebbero a 5,000, saranno ridotti ad 8,000 secondo la nostra dottrina.

SUNTO DEL TITOLO SECONDO

DELLE DONAZIONI

I.—La donazione, come dalla stessa eimologia del nome, *dono datio* ci viene ndicato, è una alienazione a titolo grauito.

Distinguonsi due grandi classi : le donazioni fra vivi o *Donazioni* specialmente chiamate; e le donazioni per testamento o sia *Testamenti*.

Indicate nel primo capitolo le regole generali e preliminari che alle due maniere di disporre si applicano, discorreremo specialmente delle donazioni nel secondo capitolo, e dei testamenti nel terzo, ed esporremo nel quarto ed ultimo i principî di alcune liberalità che offrono una indole particolare, e che si fanno indistintamente nell'una o l' altra maniera di disporre, intendiamo parlare delle sostituzioni fedecommissarie, delle divisioni fatte dagli ascendenti fra i loro discendenti.

CAPITOLO PRIMO

REGOLE PRELIMINARI COMUNI ALLE DONAZIONI E AI TESTAMENTI

II.—I principî che qui abbiamo a svolgere si riferiscono specialmente 1° alla capacità di disporre o di ricevere gratuitamente, 2° alla quota dei beni di cui a titolo gratuito si possa disporre.

SEZIONE PRIMA

DELLA CAPACITÀ DI DISPORRE O DI RICEVERE A TITOLO GRATUITO

III.—In principio tutte le persone son capaci a disporre e a ricevere tanto per donazioni fra vivi, che per testamento; essendo soltanto incapaci quelle che tali son dalla legge dichiarate (art. 902 (818)).

La capacità e la incapacità di donare chiamansi alle volte *attive*, in opposizione a quelle di ricevere, dette *passive*.

La incapacità attiva o passiva non è sempre dell'indole medesima. Essa forma ora un difetto completo di capacità, e trae quindi la nullità assoluta della donazione o dell'acquisto, che non hanno alcuna esistenza legale; ora al contrario la incapacità è solo imperfetta, e rende semplicemente annullabile l'atto, il quale benchè viziato, esiste, e può anche diventar[e ple]namente valido se nei termini volut[i non] si domanda che annulli.

Esaminiamo distintamente 1° Le inca[pa]cità di donare, 2° le incapacità di ric[eve]re, senza intralasciare in ciascuna di q[ue]ste due classi la importante distinzione [che] abbiamo indicato.

§ 1.—*Della incapacità di disporre.*

IV.—Sono pienamente incapaci di disporre le persone, che non hanno al presente l'uso della loro ragione; la quale regola è qui applicabile in tutta la sua estensione, e senza quella modificazione che riceve negli atti a titolo oneroso.

Vedemmo nel sunto del titolo *della maggiore età* (n. VI, § 4) che l'annullamento di un atto a titolo oneroso non può essere più domandato per demenza del suo autore, quando questi sia morto senza che durante sua vita si sia domandata la interdizione. Or cotesta regola non è applicabile agli atti gratuiti; ed essendo riconosciuto che la disposizione è stata fatta da un uomo che non avea in quel punto sana la mente, non montando se fosse egli o pur no interdetto, se la demenza abituale o momentanea, se provenisse da questa o quell'altra causa quella disposizione sarà assolutamente nulla (art. 901 (817)).

Il parosismo della collera può non di rado far perdere il senno per qualche momento, e secondo il già detto sarebbe nulla la donazione che in quell'ora si farebbe; ma non può dirsi, come già un tempo, nulla qualunque donazione fatta per cagion di collera, di odio, di vendetta, non ammettendosi dal nostro Codice l'azione *ab irato*. Non si ammette nemmeno come principio d'incapacità del disponente, e di nullità dell'atto la suggestione o la captazione; ma se i beneficati avessero adoperato mezzi fraudolenti per suggerire le proprie idee al disponente, o captare la sua benevolenza, potrebbe alle volte secondo la gravezza delle circostanze farsi annullare l'atto per errore o dolo conforme ai principî generali che saranno esposti nel titolo seguente. Ma sempre secondo *i me[de]*simi principî sarebbe questa una ca[usa] che renderebbe annullabile l'atto, *ma n[on]* già nullo radicalmente, come per dif[etto] di senno *(ibid.)*.

Abbiam detto che il difetto di [se]nno forma sempre e necessariamente *la p[iena]* incapacità del disponente, senza riguar[do] se vi sia o pur nò interdizione. *Ma n[on]* è indifferente l'esservi interdizione, dacchè essa produce per se stessa la *incapacità* di secondo ordine di cui sopra *parlammo.*

La disposizione fatta da un interdetto in un lucido intervallo, sarebbe dunque annullabile entro i dieci anni che corrono dal giorno che la interdizione è stata tolta (*ibid.*).

V. — Altra causa d'incapacità assoluta trovasi nella minore età del disponente. Il minore, emancipato o pur no, ma che non abbia compiuto i sedici anni, è incapace di fare alcuna disposizione gratuita; compiuta quella età egli può disporre per testamento, e soltanto della metà di ciò che potrebbe donare se fosse maggiore. A cotal regola si fa eccezione per la donazione fra vivi, che il minore farebbe al coniuge per contratto di matrimonio, essendogli ciò permesso in qualunque età (art. 903, 904 (819, 820)).

VI.—La donna maritata è incapace di far donazione fra vivi se non se *col consenso* del marito o l'autorizz*azione* giudiziale, anche quando fosse separata di beni, e la donazione riguardo le sue cose mobili, avvegnacchè ella abbia soltanto dritto di alienarle pei bisogni della sua amministrazione. Cotal regola è l' applicazione della incapacità generale

bra che non abbiano compresa la difficoltà che presenta.

373. Toullier (V-872) insegna come cosa semplice e che vada da sè, che si dovrà sempre fare una sola operazione riducendo in proporzione in una volta tutte le liberalità colla medesima data secondo gli articoli 923-926 (840-843); fa del resto osservare, che ciò che sarebbe donato in usufrutto, dovrà esser prima valutato in proprietà affinchè l'oggetto di tutte le liberalità costituisse una massa totale, e d'una sola natura (cosa indispensabile). Così un uomo con un figlio del primo matrimonio lega alla seconda moglie un quarto, ed una metà allo estraneo; supponendo un patrimonio di 48,000 fr. il primo legato di 12,000 fr. e il secondo di 24 mila.— Secondo Toullier, essendo la massa dei legati di 36,000 fr. mentre il maggior disponibile era di 24,000, ciaschedun legato dovrà ridursi di un terzo, cotalchè la moglie avrà 8,000 fr. e l'estraneo 16 mila. — Similmente, se uno sposo con tre figli abbia donato un quarto ad un estraneo, e a sua moglie (madre di quei figli) un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto (e per ipotesi valga l'usufrutto la metà della proprietà), si dirà che essendosi dal testatore legato alla moglie un quarto e mezzo, ossia 18,000 fr. e allo estraneo un quarto offre 12,000 fr. insomma 30,000 fr. mentrechè il disponibile maggiore era di 18,000, le liberalità oltrepassano il disponibile di 12,000, del qual valore i due legati debbono in proporzione venir ridotti; la moglie dunque avrebbe 10,800 fr. e lo estraneo 2,200.— Questo sistema che applica puramente e semplicemente l'art. 926 (843) e in cui si procede come se il disponibile fosse il medesimo pei vari legatari, non presenterebbe alcun dubbio.—Ma esso non può ammettersi. Essendo il disponibile diverso per ciascuno dei legatari, non si può procedere come se fosse lo stesso per ambedue. Quando a lato di un estraneo che può ricevere una metà, sta un coniuge che può ricevere un quarto, non è conforme alla legge che si faccia la riduzione come se il coniuge potesse anche ricevere una metà; ed eziandio per la seconda specie, è contrario alla legge che lo estraneo che poteva ricevere un quarto, sia ridotto secondo il disponibile di un quarto e mezzo.

Grenier (n. 585) nella sua prima edizione professava la stessa dottrina di Toullier, ma se n'è allontanato nella seconda, in cui non ben svolgendo il suo pensiero dice, che bisogna « regolare ciò che *ciascuno* deve avere secondo quel che la legge permette donargli » fondandosi su due decisioni di Torino e di Agen che egli credeva abbracciassero questa novella dottrina; nella terza edizione torna all'antica idea, perchè le osservazioni di Toullier, secondo egli dice, gli aveano dimostrato che quelle due decisioni non contenessero la dottrina che vi avea scorto.

Delvincourt, che giudicava con maggiore indipendenza, e si formava l'idea senza la dottrina delle decisioni, insegna formalmente doversi riguardare i due donatari come concorrenti fra loro fino al valsente della porzione disponibile che ad essi è comune, e il rimanente appartenere a quello in favore di cui è stabilita la maggiore disponibilità (cap. 1, sez. 3, § 1, nota). In tal sistema, quando il padre di tre figli che lascia un patrimonio di 40,000 fr. ha legato ad un estraneo 12,000 fr. e alla moglie 18,000, si direbbe il disponibile comune a due legatari essere del quarto, ossia 12,000 fr. e facendo la riduzione secondo tal disponibile, la moglie avrà 2,200, e lo estraneo 4,800, e rimanendo un mezzo quarto (il quarto di usufrutto, supposto sempre che esso valga una metà della proprietà) disponibile solo per la moglie, costei prenderà 6,000 fr. dippiù senza che lo estraneo possa avervi parte.—Così il sistema di Delvincourt darebbe alla moglie 13,200 fr. anzichè 10,800, e allo estraneo soltanto 4.800 in luogo di 7,200.

Duranton (IX-792) con un regolare procedimento tratta la quistione nelle sue tre prime edizioni, non appigliandosi ad alcun partito. Nel testo espone la opinione di Toullier come se egli la seguisse; poi in nota

conchiude che lo estraneo non debba mai vantaggiarsi di quel maggiore disponibile che è dato dall'art. 1094 (T), il che è secondo la dottrina contraria di Delvincourt. — Ma nell' ultima edizione il dotto professore ha tolto l'ultima frase della nota, e sembra che adotti la falsa opinione di Toullier.

Coin-Delisle (n. 18) presenta lo stesso sistema, senza osservazioni, e senza neppur sospettare la controversia di questo punto. Duvergier infine, nelle sue annotazioni sopra Toullier non fa motto sulla quistione che merita l'attenzione dei giureconsulti.

374. Dei due sistemi il primo a nostro avviso non può affatto ammettersi; il secondo con una grave modificazione. E dapprima, la dottrina di Toullier, Grenier, Coin-Delisle e Duranton non è dessa illegalissima? Voi non potete ridurre secondo un solo disponibile quando la legge ne pone due; nè mantenere fino alla concorrenza di metà dei beni i legati che posson solo valere fino al quarto, e far godere ai legatari di un disponibile stabilito per altri.

Fa mestieri dunque necessariamente, come insegna Delvincourt, ridurre in proporzione tutti i legati secondo il minore disponibile, il solo comune a tutti, affin di riservare l'eccedente ai legatari del disponibile maggiore.

Ma se il primo sistema dà troppo al donatario della quota minore, bisogna anche procedere in modo che il secondo non gli dia troppo poco; il che avverrebbe nel sistema di Delvincourt applicato puramente e semplicemente. Quando il coniuge con un figlio ed un patrimonio di 48,000 fr. lega alla seconda moglie 12,000 fr. e 34 mila ad un estraneo, è necessario, onde non dare alla prima oltre ciò che le spetta, ridurre prima i due legati secondo il disponibile di un quarto e non già secondo l' altro di metà. Ma supponendo per poco che il disponibile dello estraneo sia di un quarto anzichè di metà, deesi pertanto, affinchè non gli si dia troppo secondo questo primo calcolo, fare per uno istante una riduzione proporzionale alla somma del legato e supporre che desso sia di un quarto anzichè di una metà, di 12,000, anzichè di 24,000. In tal modo, invece di dare sul primo quarto 8,000 allo estraneo e 4,000 soltanto al coniuge, ed aggiungere poi alla parte del primo i 12,000 franchi che formeranno soltanto il secondo quarto (il che farebbe 20,000 franchi per l'uno, e 4,000 per l'altro). Si daranno a ciascuno sul primo quarto 6,000 franchi, in modo che la moglie avrà 6,000 franchi e lo estraneo 18,000.

375. Di leggieri si comprende qual sia il nostro sistema, e la differenza del risultamento che produce. Il sistema al postutto è meno complicato di quel che pare: prendere per poco come base della riduzione il disponibile minore, per tutte le liberalità comprese quelle che hanno un dritto al disponibile maggiore, *ma s'imprima anche per poco a queste ultime liberalità una diminuzione proporzionale a quella data al loro disponibile*; fatta così la riduzione fra tutte le liberalità, il risultamento, definitivo per quelle che han dritto al minor disponibile, e provvisorio soltanto per le altre, si compie dividendo fra queste ultime la parte del disponibile non per anco impiegata.

La differenza dei risultamenti si vedrà in un esempio che porremo per far meglio comprendere i tre sistemi: un padre con un figlio ed un patrimonio di 80 mila franchi ha legato 20,000 alla seconda moglie, 20,000 a Primo e 40,000 a Secondo.

Nel sistema di Toullier si dirà che essendo di 40,000 franchi *il disponibile maggiore*, ed avendone il defunto legato 80 mila, ciascun legato deve ridursi di metà, cotalchè ***si daranno 10,000 franchi alla moglie, 10,000 a Primo, 20,000 a Secondo.***

Nel sistema di Delvincourt si ridurranno i legati (lasciandoli tutti quali sono) secondo il disponibile minore che è il quarto, onde si daranno 5,000 alla moglie, 5,000 a Primo, 10,000 a Secondo; e i 20,000 che rimangono disponibili si divideranno fra Primo e Secondo in proporzione dei loro legati, cioè un terzo ovvero 6,666 fr., 66 centesimi per uno, e 13,333 franchi,

donazione, e con più ragione un legato. non che tal facoltà non estendesi agli endenti di un interdetto in nome di cui liberalità può essere regolarmente accettata dal solo tutore (*ibid.*).

Il sordo-muto può raccogliere sempre beneficio di un testamento, avvegnacchè accettazione del legato non sia soggetta alcuna speciale forma. Quanto alla donazione, è d'uopo distinguere: egli può accettarla se sappia scrivere; altrimenti deve essere accettata per lui da un curatore nominato dal consiglio di famiglia, essendo nulla e come non avvenuta l'accettazione che ne farebbe egli stesso. Adunque per la donazione il sordo-muto che non sappia scrivere, sarebbe senza il curatore come se fosse personalmente incapace di ricevere (art. 936 (860)).

XIV.—Riassumeremo le sopraddette regole senza ripetere le eccezioni fatte.

Sono affatto incapaci di ricevere: 1° quelli che non sono ancora concepiti quando si fa la disposizione, o che concepiti non nascerebbero vitali; 2° quegli che è, o fu tutore il quale non abbia ancora fatto liquido il suo conto, per tutte le liberalità fattegli da chi è, o fu suo pupillo; 3° i medici e ministri del culto che abbiano trattato o assistito alcuno nella malattia di cui è morto, per le liberalità fatte da costui durante la sua malattia; 4° i comuni, gli stabilimenti pubblici e le altre persone morali finchè non sieno stati specialmente autorizzati dal Governo; 5° da ultimo, e solo per le donazioni fra vivi, il sordo-muto che non sappia scrivere, non assistito da un curatore (non è questa una incapacità propriamente detta, e ad essa non si applicherebbe la regola che indicheremo nel seguente numero).

Sono non perfettamente incapaci, e quindi lo acquisto recasi in effetto, e può solo farsi annullare: 1° il pupillo e l'interdetto, i quali accettassero la liberalità invece dei loro rappresentanti legali che soli possono regolarmente farlo; 2° il minore emancipato che accetterebbe non assistito dal suo curatore; e 3° la donna maritata non autorizzata dal marito, o giudiziariamente.

XV.—Quando una disposizione fatta in apparenza a titolo oneroso in vantaggio di persona incapace di ricevere a titolo gratuito, si terrà come una donazione, ovvero quando una liberalità si farà a persona capace, affinchè da questa fosse rimessa ad una incapace; la disposizione così mentita o fatta a persona interposta sarà nulla, provate che sieno la simulazione o la interposizione, come anche se fosse provato che una liberalità è stata fatta a persona incapace per altro qualunque siesi mezzo indiretto.—Evvi pure un caso in cui la interposizione di persona presumesi di pieno dritto, cotalchè non è bisogno di prova, nè si può anche provare che non esista, cioè quando il donatario sia il padre, la madre, il coniuge ovvero il discendente di un incapace, e che al presente viva (art. 911 (827))

SEZIONE II.

DELLA PORZIONE DI BENI DISPONIBILE TANTO PER DONAZIONE CHE PER TESTAMENTO.

XVI.—Il patrimonio di ognuno dividesi dalla legge in due parti, l'una può darsi secondo che piaccia al proprietario; l'altra che gli è ritolta di mano, deve necessariamente trasmettersi ai suoi successori *ab intestato*. L'una chiamasi *porzione disponibile*, o *quota disponibile*; l'altra *porzione riservata*, *eredità riservata*, o semplicemente *riserva*.

Adunque qui non trattasi più della capacità della persona, ma della disponibilità dei beni, dimodochè le regole di tale sezione sono statuti reali, di cui le conseguenze, come vedemmo nel sunto del *titolo preliminare* (n. III—2 e 3 e n. IV), sarebbero molto diverse da quelle prodotte dagli statuti personali che compongono la precedente sezione. — Purnon-

dimeno le regole di disponibilità a cui giungiamo, influiscono moltissimo sopra una delle regole di capacità indicate nella sezione precedente; cioè della capacità di disporre (per testamento) del minore da 16 a 21 anno. La capacità di lui, essendo per una frazione del disponibile (la metà), sarà più o meno estesa secondo la estensione di quella, e seguirà tutte le vari[e] che potrà presentare la porzione dispon[ibile].

Esaminato di qual parte di beni un [pro]prietario possa nei varii casi disporre, scorreremo dell' azione di *riduzione*, [e] i successori *ab intestato* possano far[e] ... mare le liberalità fatte dal loro auto[re] quello che avrebbe donato oltre la quot[a]

§ 1.—*Della porzione disponibile, e quindi della riserva.*

XVII.—La quota disponibile vien regolata giusta i vari sistemi, secondo che la disposizione si faccia 1° al figlio naturale del disponente, 2° al coniuge, 3° a qualunque altra persona. Distinguesi pertanto la qu[ota] disponibile ordinaria, la quota disponi[bile] fra coniugi, e quella pei figli naturali.

1. Quota disponibile ordinaria.

XVIII.—La quota disponibile ordinaria è varia secondo la qualità e il numero degli eredi del defunto, di conseguenza solo dopo la morte del disponente si conosce, se abbia o pur no donato oltre la sua disponibile, se o pur nò toccato la riserva, ed anche se vi sia riserva nella sua eredità.

Non vi è riserva, se non quando la eredità è raccolta dai discendenti (legittimi, adottivi, ovvero naturali) o ascendenti legittimi; non ne hanno mai i collaterali, il coniuge e lo Stato.

Il disponibile è la metà dei beni, se il defunto lasci erede un sol figlio legittimo; il terzo, se due; il quarto, se tre o più. I nipoti o i discendenti più remoti hanno lo stesso dritto che i figli, non distinguendosi se vengano colla rappresentazione, ovvero di proprio dritto; ma in tutti i casi fan solo numero per quel figlio da cui discendono.— Di conseguenza, la riserva è la metà per un sol figlio (o i discendenti di lui), due terzi per due figli, e tre quarti per un maggior numero (art. 913, 914 (829, 830)).

Col nome di figli debbonsi qui comprendere non solo i figli legittimi o legittimati, ma anche gli adottivi, avvegnacchè un espresso testo accordi loro tutti i dritti ereditari del figlio concepito durante il matrimonio (*ibid.*).

I figli naturali han pure dritto a una riserva, quando anche concorrano con eredi legittimi. Infatti, il dritto del figlio naturale sulla eredità di colui che lo ha ricono sciuto è uguale a quello del figlio legittimo, essendone una frazione, il terzo la metà o i tre quarti secondo i casi, ed egli quindi avrà una frazione della riserva che toccherebbe al figlio legittimo.

Se poi il defunto non lasci alcun erede legittimo il figlio naturale avrà la medesima riserva che gli stessi figli legittimi, essendo chiamato com' essi alla totalità della successione.

XIX. — Quando la successione del disponente sia raccolta da ascendenti, [o] vengano soli, ovvero in concorrenza con collaterali (ad esempio, il padre e la madre, o uno di essi insieme con collaterali privilegiati, ovvero qualunque ascendente di una linea con collaterali ordinari dell'altra) la riserva è immutabilmente stabilita ad un quarto di tutti i beni per gli ascendenti di ciascuna linea qual che ne sia il numero e il grado, dimodochè sarà del quarto se ve ne ha in una linea, e di una metà se in ambe.

Di conseguenza, la quota disponibile sarà una metà nel secondo caso e nel primo tre quarti (art. 915 (831)).

Questo dritto di riserva che spetta anche ai figli adottivi, e per una frazione ai figli naturali, non appartiene al padre, alla madre naturale, o di adozione. Nessun testo lo accorda al padre e alla madre naturale, nè si può loro accordare

di alienare, cui va soggetta la donna maritata, e che genera una nullità relativa; quindi la donazione fatta senza autorizzazione potrebbe semplicemente annullarsi durante il decennio dal giorno che si è sciolto il matrimonio. Per fare il testamento la donna maritata non ha d' uopo di autorizzazione (art. 905 (821)).

VII.—Parlando ora del sordo-muto, diciamo che tacendo la legge intorno alla capacità di lui, non possiamo certamente dichiararlo incapace; ma siccome il disponente dee compire le forme richieste o per la donazione o per il testamento, e che l' atto senza tali forme sarebbe nullo, e come non avvenuto, così ne conseguirà che il sordo-muto il quale non sapesse scrivere, sarebbe a un dipresso come se fosse personalmente e assolutamente incapace.

VIII.—Così per riassumere il paragrafo,

Sono colpiti di assoluta incapacità. 1° tutti quelli che non hanno al presente l' uso della ragione per qualunque sorta di disposizioni; 2° il minore che non abbia compito i 16 anni, anche per qualunque disposizione; quello da 13 a ventuno anno per la donazione; e nel testamento, per quel che eccedesse la metà dei beni disponibili; 3° il sordo-muto che non sappia scrivere, per qualunque disposizione;

Sono colpiti di incapacità imperfetta 1° l' interdetto che gode della sua ragione quando egli dispone, per qualunque disposizione; 2° la donna maritata che non sia autorizzata dal marito, ovvero giudiziariamente, soltanto per la donazione.

§ 2. — *Delle incapacità di ricevere.*

IX.—L'incapacità di ricevere, siccome abbiamo già detto, è ora completa ed ora nò, come quella di disporre; il che significa che talvolta l'acquisto non si reca mai in atto, tale altra si compie, e può soltanto essere annullato.

Quelli che ancora non esistono son le prime persone pienamente incapaci di ricevere. Pure basta che il beneficiato sia concepito, affinchè possa raccogliere la disposizione; ma raccoglie sempre, purchè nascerà vitale. Il punto in cui bisogna essere stato concepito, è nel testamento quello della morte del testatore, perchè allora il testamento da progetto che era, diventa atto di disposizione; nella donazione che fosse accettata con un atto posteriore, è solo quello dell' accettazione, avvegnacchè il contratto si formi per il concorso delle volontà (art. 906 (822)).

Del resto vedremo nell' art. seguente, che alcune donazioni possono farsi per eccezione a tal regola a figliuoli non ancora concepiti.

X.—La legge temendo che un tutore abusando della sua posizione si procacciasse qualche liberalità dal suo pupillo, e rendesse illusorio l' obbligo del rendiconto, vien dichiarando che il tutore di un minore, qual che sia l'età di costui, ed anche quello che fu tutore di chi è divenuto maggiore (o con più ragione, di un minore) finchè non abbiano reso e fatto liquido il conto non possano ricevere alcuna cosa dal loro pupillo, o che fu tale, nè per donazione nè per testamento. Notiamo che la prescrizione di dieci anni a contare dalla maggiore età del pupillo, la quale pone il tutore al coverto da qualunque azione per rendimento di conti, e come se il conto fosse reso, lo torrebbe dall'incapacità di cui trattiamo (art. 907 (823)).

La regola si applica soltanto a tutti i tutori (o che furono) dei minori. Così il tutore officioso che si toglie il carico per un atto di beneficenza; il protutore che amministra nelle colonie i beni del pupillo dimorante in Francia o viceversa; il contutore che è risponsabile dell' amministrazione insieme con la moglie, sono tutti incapaci. Allo incontro non si applicherà cotal regola al tutore *ad hoc*, il quale non ostante il suo nome non è un vero tutore, nè amministra; nè al tutore surrogato, il quale è un sotto-tutore, e nemmanco amministra. La legge nemme-

è invariabilmente stabilito ad un quarto di proprietà, oltre un quarto di usufrutto, ovvero ad una metà soltanto in usufrutto (art. 1094 (T)).

Si è recentemente dubitato sulla estensione di questa regola del Codice, pretendendosi essere una quota facultativa che il disponente possa donare allorchè sia più considerevole del disponibile ordinario. Se non che tal sistema non regge a fronte dei lavori preparatori del Codice medesimo. Infatti, il Tribunato avea proposto di mutarsi la legge in tal modo che lo sposo « potesse sempre donare al suo coniuge quanto potrebbe ad un estraneo ». Ma tale proposizione fu respinta, essendosi dichiarato al Tribunato definitivamente per mezzo del suo relatore, « che il coniuge può solo avere un quarto di proprietà ed un quarto di usufrutto, ovvero una metà in usufrutto; e che ogni disposizione eccedente tal misura, sarebbe ridotta ». La stessa idea fu espressa al Corpo Legislativo dal commessario del Governo.

Si noti che qui le disposizioni di usufrutto soggiacciono alle stesse regole delle disposizioni sulla proprietà; diversamente dalla regola intorno al disponibile ordinario, per modo che oltrepassati i limiti legali, operasi la riduzione diretta, sì per le prime che per le altre, nè è data all'erede la scelta o di eseguire la disposizione per intero, ovvero di abbandonare tutto il disponibile in proprietà. Ancor questo è un punto rischiarato dall' istoria sulla compilazione del Codice.

Se il disponente doni « o un quarto di proprietà, o un quarto di usufrutto, ovvero una metà soltanto di usufrutto » senza dichiarare a chi ne conceda la scelta, se al beneficato o all'erede, ne nasce certamente una quistione intenzionale, un punto di fatto che i magistrati devono decidere secondo le circostanze.

2. Quando la liberalità facciasi da uno sposo che lasci figli e discendenti da uno o più precedenti matrimoni, il coniuge può esser considerato come un altro figlio, e ricevere una parte uguale a quella che resterà ai figli. Se per effetto di liberalità di anteparte, i figli fossero considerati i-gualmente, non può avere una parte mag-giore del figlio che prenderà il meno, nè giammai ricevere più del quarto. Se anche quando i figli sieno morti ed i nipoti vengano alla successione di proprio capo, il coniuge avrà dritto sempre ad una porzione calcolata sul numero di quelli, e non sul numero de' nipoti (art. 1098 (103...

Quando lo sposo che abbia figli di un primo matrimonio, ne contragga successivamente degli altri, ciascuno de' nuovi coniugi non può ricevere la quota, di cui trattasi, essendo essa il *maximum* che possa donarsi a tutti i diversi coniugi insieme. Così, se lo sposo che lasci figli di un precedente matrimonio, abbia donato al secondo coniuge, o una parte di figlio o un quarto dei suoi beni, null' altro potrebbe donare al terzo coniuge. Il nostro antico dritto sanciva tale regola; ed i compilatori del Codice i quali si erano mostrati più severi vietando la donazione di più del quarto, un tempo non proibita, non solo non manifestarono il pensiero di raddolcire gli antichi principî per applicare il disponibile, ma dichiararono formalmente *mantenere* nel resto l' antico stato delle cose.

XXII.—Facciamoci ora a riguardare il disponibile fra coniugi ne' suoi rapporti col disponibile ordinario.

Gli è certo che le due quote non possono cumularsi; vale a dire che il disponente non può donare ad uno o più coniugi l'intero disponibile di cui parliamo, e donare altrui l'intera quota disponibile ordinaria. Tutte le diverse liberalità non possono oltrepassare le cifre del disponibile più largo che ora è l'uno, ora è l'altro. In oltre potrebbe talvolta esservi un eccesso, quantunque tutte le liberalità non sorpassassero il più alto disponibile: il che avviene quando il maggiore disponibile sia quello del coniuge, come dimostreremo.

È notevole da principio, che quando il disponibile speciale pei coniugi sia maggiore dell' ordinario, l' eccedente del primo sul secondo può donarsi soltanto agli sposi, essendo un mezzo straordina-

un supplimento di credito che serve mente nei casi e per le persone, cui stinato.

quando il disponente doni prima agli nei, gli è certo che dopo quelli un ige possa ricevere l'eccedente del dibile speciale. Così, se il padre di tre abbia donato prima ad un estraneo iarto dei suoi beni (tutto il disponiordinario), non v'ha dubbio che possa donare al suo coniuge un quarto di rutto, che è disponibile fra gli sposi e il quarto della proprietà.

L'imputazione si opera dell'ugual modo, cchè siasene detto (e la Corte Suprema a riconosciuto) allorchè le svariate lialità si facciano a un tempo. Così, se padre di tre figli attribuisca con la stessa iazione un quarto in piena proprietà ad estraneo, ed un quarto d'usufrutto alla oglie, non si può con dritto affermare e se pure il quarto d'usufrutto non fosse rmesso alla moglie per una regola speale, il disponente glielo avrebbe del pari nato, prendendolo sul disponibile ordirio, e riducendo così l'estraneo ad avere quarto di nuda proprietà. Tale interetazione sarebbe di arbitrio, contraria lla volontà del disponente..... Chi può re che questi non inclinasse a donare asolutamente, come ben ne avea il dritto, quarto in piena proprietà all' estraneo? i può dire ancora che non preferisse la nazione dell'estraneo a quella del conge? In ogni caso, essendogli tutte e due donazioni permesse, non se ne potrebbe nullare una con semplici supposizioni, rive affatto di fondamento.

Se non che quando la donazione del oniuge siasi fatta prima, non potrebbesi almeno per principio) imputare sul diponibile speciale, finchè poi il disponente possa donare il disponibile ordinaio ad estranei; avvegnacchè le spese debano prendersi prima su' crediti ordinari, nel solo caso che questi non bastino, si uò disporre di quelli di supplimento. Quindi la donazione fatta al coniuge, sarà mputata prima sul disponibile ordinario, er modo che se questo si esaurisca, nulla sarebbe qualunque posteriore donazione ad un estraneo.

Così, quando il disponente (supponendo sempre tre figli) abbia con un primo atto donato un quarto d'usufrutto alla moglie, e con uno posteriore un quarto di piena proprietà all'estraneo, la seconda liberalità deve ridursi a un quarto di nuda proprietà (benchè riunita alla prima, non oltrepassi il più forte disponibile)...

La donazione del coniuge essendo la prima, deve esser imputata sul disponibile ordinario, il quale per tal modo dopo la donazione fatta allo estraneo, offre solamente un quarto di nuda proprietà... La seconda donazione in questo caso non potrebbe sostenersi per intero, senza far vantaggiare l' estraneo del credito straordinario stabilito soltanto per la moglie. Di che è prova che senza tal credito la seconda donazione non poteva farsi in quel modo, ma solo del quarto di nuda proprietà.

Sarebbe ben diverso il caso, se la prima liberalità si fosse fatta secondo le peculiari regole del disponibile fra coniugi. Allora per la stessa forza delle cose questa parte imputasi sul disponibile straordinario, quantunque la donazione siasi fatta prima. Così, quando il disponente abbia donato prima alla moglie metà in usufrutto, e più innanzi un quarto di nuda proprietà all'estraneo, le disposizioni dovranno ambedue conservarsi... Mal si direbbe (benchè sia questo il sistema della Corte Suprema) che se il beneficio speciale del coniuge non esistesse, la fattagli donazione della metà d' usufrutto sarebbe eccessiva, e trasformata per l' erede in un quarto di piena proprietà; che per tal modo il disponibile ordinario si sarebbe per intero esaurito, e quindi la seconda donazione non potevasi fare.

È questo evidentemente un sofisma. Quando il disponente ha fatto un atto permessogli, non si può dire certamente che anche proibito lo avrebbe sempre fatto. Donando metà di usufrutto, ha fatto quel che la legge gli permetteva, l' atto è legale, e tale deve ritenersi. Or la metà della metà di usufrutto, cioè un

dimeno le regole di disponibilità a cui giungiamo, influiscono moltissimo sopra una delle regole di capacità indicate nella sezione precedente; cioè della capacità di disporre (per testamento) del minore da 16 a 21 anno. La capacità di lui, essendo per una frazione del disponibile (la metà), sarà più o meno estesa secondo la estensione di quella, e seguirà tutte le variazioni che potrà presentare la porzione disponibile.

Esaminato di qual parte di beni un proprietario possa nei varii casi disporre, discorreremo dell' azione di *riduzione*, onde i successori *ab intestato* possano fare scemare le liberalità fatte dal loro autore di quello che avrebbe donato oltre la quota.

§ 1.—*Della porzione disponibile, e quindi della riserva.*

XVII.—La quota disponibile vien regolata giusta i vari sistemi, secondo che la disposizione si faccia 1° al figlio naturale del disponente, 2° al coniuge, 3° a qualunque altra persona. Distinguesi pertanto la quota disponibile ordinaria, la quota disponibile fra coniugi, e quella pei figli naturali.

1. Quota disponibile ordinaria.

XVIII.—La quota disponibile ordinaria è varia secondo la qualità e il numero degli eredi del defunto, di conseguenza solo dopo la morte del disponente si conosce, se abbia o pur no donato oltre la sua disponibile, se o pur nò toccato la riserva, ed anche se vi sia riserva nella sua eredità.

Non vi è riserva, se non quando la eredità è raccolta dai discendenti (legittimi, adottivi, ovvero naturali) o ascendenti legittimi; non ne hanno mai i collaterali, il coniuge e lo Stato.

Il disponibile è la metà dei beni, se il defunto lasci erede un sol figlio legittimo; il terzo, se due; il quarto, se tre o più. I nipoti o i discendenti più remoti hanno lo stesso dritto che i figli, non distinguendosi se vengano colla rappresentazione, ovvero di proprio dritto; ma in tutti i casi fan solo numero per quel figlio da cui discendono.—Di conseguenza, la riserva è la metà per un sol figlio (o i discendenti di lui), due terzi per due figli, e tre quarti per un maggior numero (art. 913, 914 (829, 830)).

Col nome di figli debbonsi qui comprendere non solo i figli legittimi o legittimati, ma anche gli adottivi, avvegnacchè un espresso testo accordi loro tutti i dritti ereditari del figlio concepito durante il matrimonio (*ibid.*).

I figli naturali han pure dritto a una riserva, quando anche concorrano con eredi legittimi. Infatti, il dritto del figlio naturale sulla eredità di colui che lo ha riconosciuto è uguale a quello del figlio *legittimo*, essendone una frazione, il *terzo la metà* o i tre quarti secondo i casi, ed egli quindi avrà una frazione della riserva che toccherebbe al figlio legittimo.

Se poi il defunto non lasci alcun erede legittimo il figlio *naturale avrà la* medesima riserva che *gli stessi figli legittimi*, essendo chiamato com'essi alla totalità della successione.

XIX.—Quando la successione del disponente sia raccolta da ascendenti, o vengano soli, ovvero in concorrenza con collaterali (ad esempio, il padre e la madre, o uno di essi insieme con *collaterali* privilegiati, ovvero qualunque *ascendente* di una linea con collaterali *ordinari dell'altra*) la riserva è immutabilmente stabilita ad un quarto di tutti i beni per gli ascendenti di ciascuna linea qual che ne sia il numero e il grado, dimodochè sarà del quarto se ve ne ha in una linea, e di una metà se in ambe.

Di conseguenza, la quota disponibile sarà una metà nel secondo caso e nel primo tre quarti (art. 915 (831)).

Questo dritto di riserva che spetta anche ai figli adottivi, e per una frazione ai figli naturali, non appartiene al padre, alla madre naturale, o di adozione. Nessun testo lo accorda al padre e alla madre naturale, nè si può loro accordare

per induzione dal dritto che i figli naturali hanno verso loro. Il genitore naturale merita meno favore del figlio di lui, essendo egli colpevole della tresca, e il figlio innocente. Inoltre non succede al figlio se non quando questi non abbia discendenti legittimi o figli naturali (*sunto precedente*, *n. XIV*, *XX*) mentre il figlio gli succede in concorrenza anche di figli legittimi. Or siccome non potrebbe vagarsi nello arbitrio, ed è necessario, essendo muta la legge, o negar per intero la riserva, o accordarla per intero. così bisogna abbracciare il primo partito, dacchè il secondo menerebbe a riguardare perfettamente il genitore naturale, come il legittimo, e a perdonare la bastardaggine in chi ne è colpevole, quando la legge ne punisce l'innocente.

Ciò è evidente pel padre e la madre adottivi; essendo espressamente dichiarato dalla legge, che non avranno il dritto di succedere allo adottato che nei beni che da loro provengono, e che fossero ancora nel patrimonio del defunto. Non hanno quindi alcun dritto su quelli di cui il defunto ha disposto, e quindi tutto è per costui disponibile.

Vedemmo infine nel precedente sunto (n. XI, *in fine*) che il dritto di riserva non potrebbe nemmeno appartenere per medesimezza di ragione agli ascendenti donanti con tal qualità.

Non essendo dovuta ai collaterali veruna riserva, è disponibile rispetto ad essi tutto il patrimonio, ond'è che in concorrenza di collaterali, e di ascendenti, questi preleveranno sulla parte di beni, di cui il defunto non ha disposto, tutta la loro riserva, innanzi che i collaterali possano prenderne la menoma parte.

XX.—Era un tempo molto controverso il conoscere quali fossero il disponibile, e la riserva per le disposizioni fatte soltanto in usufrutto. Non si poteva donare l'usufrutto se non se nei limiti in cui si poteva donare la piena proprietà: ovvero si poteva donare in usufrutto un valore uguale a quello di tutto il disponibile in proprietà?—Il Codice toglie di mezzo la difficoltà. In principio il disponente non può donare usufrutto o rendita, se non se nei limiti in cui può donare la stessa proprietà; ma l'erede non può far ridurre ad una quota minore la disposizione che ecceda quei limiti; essendo messo a partito di lui, o di eseguirla per intero, o di sopprimerla del tutto, facendo l' abbandono di tutto il disponibile in piena proprietà (art. 917 (833)).

Del resto, essendovi più eredi, ciascuno di loro è libero di sceglie re come gli piaccia, con dar l'uno per la sua parte l'usufrutto che forma l'oggetto della disposizione, e per la sua l'altro, la piena proprietà disponibile.

2. Porzione disponibile fra coniugi.

XXI.—Per le liberalità fatte fra coniugi è stabilita dal Codice una porzione disponibile speciale, talvolta minore, tale altra maggiore della ordinaria.—Sono liberalità fra coniugi, non solo quelle che si fanno durante il matrimonio, ma pur quelle che si fanno innanzi di maritarsi, o nel contratto di matrimonio, o in altro atto.

Quando il disponente non lasci eredi figli o discendenti, può donare al coniuge (o di un primo, o di un secondo, o di un terzo matrimonio) tutto ciò che avrebbe potuto donare ad un estraneo, e di più, l'usufrutto del rimanente (art. 1094 (T)).

Se lasci discendenti, è mestieri distinguere se il coniuge donatario sia o pur no il secondo autore di essi figli.

1. Se sia l'autore dei suoi figli, la legge la quale vuole che il coniuge possa sempre ricevere tanto che basti ai suoi bisogni, non vuole mai il *minimum* della disponibile ordinaria; ma siccome le liberalità eccedenti sono a temersi più fra coniugi che in favore di estranei, non permette nemmeno il *maximum*. La legge ha principalmente mira ai bisogni che può avere il coniuge, ed essendo essi indipendenti dal numero dei figli, il disponibile

fine conviene ammettere due quote disponibili 1° quella degli estranei e dei collaterali; 2° quella degli eredi riservatari, la quale oltre della prima, comprende la parte dell' erede nella riserva, perocchè tal nuova quota disponibile è meramente immaginaria, nè rinviensi neppure un pretesto nella legge per ammetterla (art. 919 (835), n. II e III).

Così qualunque erede che abbia ricevuto dal defunto beni riservati, rinunciando alla successione non vi ha più dritto. Conviene quindi sapere in quali casi la donazione fatta all'erede sarà di beni sottoposti alla riserva.

Gli è certo se siasi fatta in tempo in cui tutto il disponibile era già esaurito con donazioni anteriori. Ma non è questo il solo caso. Si considera (come fanno tutte le decisioni) di essersi anco presa sulla riserva allorchè quantunque il disponente abbia ancora beni disponibili, faccia la donazione non a titolo di precapienza e di anteparte, e destini appresso il disponibile in liberalità a vantaggio o di eredi per anteparte o di estranei. In fatti, il padre di famiglia può fare evidentemente quel che voglia, del suo disponibile; or facendo liberalità a titolo di anteparte, o ad estranei, evidentemente è sua volontà che sieno prese sul disponibile prima delle semplici anticipazioni di eredità *(ibid. IV)*.

XXVI.—Un'altra conseguenza che la riserva sia null'altro che la stessa successione, e che il rinunziante non vi ha dritto (conseguenza generalmente sconosciuta, ma pure non meno certa) si desume dal non potersi contare il rinunciante per determinarne la somma.

E dapprima, è proprio della massa dei beni della successione riservata essere or più piccola, or più grande secondo i casi e precisamente pel numero dei figli; cotal che si va contro lo scopo ed il pensiero della legge se si calcoli per tre figli quando in vece lo si dee per due, o per due quando si dee per un solo. Il testo della legge è uniforme a tal'idea; perocchè se egli è vero che l'art. 913 (829) indica per base del calcolo il numero dei figli che il disponente *lasci alla sua* [...] emerge dalla disamina di quest'artic[olo] di altri venti ancora che in quali [...] successione ordinaria o riservata, le [pa]role *lasciare tal parente* nel lingu[aggio] del Codice suonano *avere erede tale [pa]rente* onde l'articolo parla certamente [del] numero dei figli che accettano la suc[ces]sione. Da ultimo, gli stessi principi [...] pano ogni dubbio, avvegnachè se ogni [ri]nuncia ha un effetto retroattivo che fa c[on]siderare giuridicamente non essere il [ri]nunziante mai stato erede, ne conseg[ue] che i soli figli che accettano sono stati [...] dalla morte investiti escludendo i rin[un]zianti.

Se non che si dirà che l'art. 786 (70[3]) dichiari accrescersi la parte del rinunziante al suo coerede, per modo che quando uno dei figli rinunzia, l'altro dee ricev[ere] solo tutto quello che senza il ripudio, sarebbe appartenuto ad entrambi. È [...]vole da un lato, che il citato art. 786 (703) non offra un principio di dritto, ma semplici enunciazioni di fatto le quali non influiscono sulla teoria legale, essendo il solo principio giuridico della materia (e di cui lo stesso art. 786 (703) fa una particolare applicazione) racchiuso nella regola con cui si prescrive che il rinunziante reputasi essere stato sempre estraneo alla successione. Da un altro lato, è assolutamente impossibile che avvenga [...] lo accrescimento ed anche la devoluzione, di cui è cenno eziandio nello stesso articolo, avvegnacchè l' uno e l' altro sieno non altro che l' attribuzione di una medesima *massa* o a *un numero minore* di eredi, ovvero ad eredi *di diversa qualità*. Or qui per lo appunto la massa cangia, e *non è più la stessa* per il cangiamento *di numero* o *di qualità* degli eredi... Del resto, la contraria dottrina si confuta da sè per la contraddizione che presenta, perocchè, mentre non ammette le esposte idee per lo accrescimento, le applica poi alla devoluzione, di cui la teorica è identicamente la stessa (art. 914-V. (830)).

XXVII.—Abbiamo veduto che dell'ere-

il quale ripudii non può tenersi con-
nel calcolare la riserva ed il disponi-
; così anche dell' erede indegno, ri-
ardandosi ambidue come non esistenti
nto alla successione. Non così del non
ervatario cui esclude dalla successione
legatario universale.

Quindi se il defunto faccia un legato
iversale lasciando un fratello ed un
o, questi, che esistendo il fratello non
erede, non può dire che il legatario u-
iversale si trovi in faccia di un erede
on riservatario, che per tal modo il pri-
no abbia la investitura di tutti i beni, ed
fratello non riservatario divenga estra-
neo alla successione, non altrimenti che
e l'avesse ripudiata; che non dee tenersi
onto del fratello, essendo egli solo chia-
nato alla successione *ab intestato*; che
quindi impedisce la investitura del lega-
tario, e può prendere la sua riserva del
quarto.—Chi non sente il vizio di sì gros-
solano sofisma? esso in breve dice, che il
legatario è in faccia all' avo perchè è in
faccia al fratello, e non investito per-
chè non è interamente investito... Sino a
che il fratello non abbia con la sua ri-
nunzia abdicato l'eredità, fino a che è
dato a lui solo impugnare il testamento
e giovarsi o della nullità del legato,
o del ripudio del legatario, egli solo
conserva il titolo di erede *ab intestato*;
con lui solo dunque il legatario ha rap-
porto, e solo la di lui qualità fa decide-
re se siavi o no una riserva. Ora il fra-
tello non è riservatario, dunque tutto il
patrimonio è disponibile (art. 1006, n. III
(932)).

XXVIII.— Ci rimane a fare un' ultima
osservazione, cioè se chi ha dritto ad una
riserva, possa liberamente rinunziarvi per
presentarsi come erede ordinario. — Così
se un minore da sedici a ventun'anno, il
quale può donare solo la metà di quel
che potrebbe un maggiore, lasci per eredi il
padre e collaterali, può in principio le-
gare la metà di tre quarti cioè tre ottavi;
ma se il legato sia fatto al padre, questi
rinunziando al suo dritto di riserva ren-
derà valida la disposizione per la metà di
tutti i beni. Se il legato fosse di ante-
parte potrebbe raccoglierlo, e prendere
pure la sua parte come erede nell' altra
metà, riunendo così sul caso secondo la
qualità dei collaterali o li cinque ottavi,
o li tre quarti del patrimonio (art. 916,
n. II (832)).

§ 2. — *Della riduzione delle liberalità.*

XXIX. —L' azione di riduzione mira a
formare, o a compire la successione riser-
vata che il padre di famiglia abbia e-
saurito o scemato; un dritto di succes-
sione nasce sopra i beni di una persona
dopo la sua morte, quindi le liberalità si
possono far ridurre se occorra, alla mor-
te naturale o civile del disponente. Si è
veduto inoltre che la determinazione del-
la cifra della riserva e delle due quote
dipende per lo appunto dal numero e dalla
qualità degli eredi che accettano la suc-
cessione. Quindi tutto ciò può solo farsi
dopo la morte del disponente (art. 920
(837)).

Non è meno evidente che il dritto di
domandare la riduzione o di profittarne
prendendo i beni che essa abbia fatto rien-
trare nel patrimonio, appartiene agli stessi
eredi riservatari, o a' loro rappresentanti
od aventi-causa; nè i donatari nè i le-
gatari, e neppure i creditori ereditari pos-
sono domandarla, essendo che i beni già
usciti dal patrimonio vi rientrano mercè
la riduzione soltanto in pro degli eredi ed
esclusivamente per essi come sopra abbiamo
detto (art. 921 (838)).

Nulla di meno se il riservatario abbia
accettato puramente e semplicemente, i
creditori ereditari traggon pro della ridu-
zione, e possono perfino dimandarla, es-
sendo allora divenuti creditori personali
ed aventi-causa dell' erede (1).

XXX.—Per conoscere se la riserva sia

(1) Potrebbe credersi a prima vista, che l'accet-
tazione pura e semplice privi del dritto di far ri-

o pur no, e di quanto sminuita con le liberalità del defunto, è d'uopo certamente, determinata prima la cifra totale dei beni, vedere qual fosse la frazione riservata, e quale la disponibile.

Quindi si stabilisce sulle prime il valore di tutti i beni che il defunto abbia lasciato, senza distinguere quelli di cui abbia disposto per testamento, e quelli che lasci a' suoi eredi. Se ne fa una stima secondo il valore che avevano nel giorno stesso della morte; e così sempre ancora quando esso fosse aumentato o diminuito nel momento in cui si esegua la stima; in vero il dritto alla riserva si determina alla morte, cioè quando apresi la successione, e dal cumolo di tali valori che formano allora il patrimonio, si conosce qual frazione spetti all'erede, quale a' donatari. Determinato il valore generale dei beni esistenti in quel giorno, se ne deduce la somma dei debiti, per modo che si tien conto di quanto lo attivo superi il passivo. Se questo sia uguale a quello si avrà *zero*. Si noti che bisognerebbe sempre far perfettamente ragguagliare l'*avere* ed il *dare*, anche quando il passivo eccedesse di assai l'attivo.

Fra poco ne vedremo il perchè. — Eseguita questa doppia operazione, si calcolano tutti i beni dati dal defunto nel corso di sua vita, attenendosi al valore che offrirebbero nel giorno della morte se la donazione non si fosse fatta. Quindi non si tien conto delle deteriorazioni o dei meglioramenti che derivino dai donatari, dovendo la successione dalle fatte donazioni nè trar guadagni, nè perdere. Al contrario, e per la stessa ragione, si devono calcolare le deteriorazioni ed i miglioramenti non fatti dai donatari. Dunque non bisogna seguire letteralmente la regola del Codice, secondo la quale deve prendersi per base lo stato in cui erano i beni al mom della donazione; avvegnacchè se questa gola sia giusta quando intenda fare as zione dei cangiamenti di stato che de vino dai donatari, è evidentemente im messibile se si proponga di tener co di quelli dovuti ad accidenti naturali, cui anche in potere del donante sarebb stati i beni sottoposti.

Giova ripeterlo, si prenderà per bas valore che avrebbero i beni se non fo sero stati donati, cioè se tuttavia rim nessero nelle mani del disponente (ar colo 922 (839)).

Conosciuto il valore generale di tutti beni donati fra vivi, si aggiunge all'attiv eccedente, se ve ne sia, e si calcola sull cifra totale qual sia la porzione riservata, quale la disponibile, riguardando la qualità ed il numero degli eredi, e la qualità di coloro, a cui le liberalità sieno state fatte. Se i beni esistenti alla morte, non presentino un dippiù nell'attivo, il calcolo si fa solamente sul valore dei beni donati fra vivi, e sempre sullo intero valore quantunque nella successione rimanesse un passivo considerevole. In fatti, abbiamo veduto che i creditori ereditari non possono farsi pagare sui beni alienati, comunque mercè l'azione di riduzione rientrassero nel patrimonio. Per tal ragione avviene, come sopra abbiamo detto, che non ostante l'eccedenza del passivo su' beni esistenti alla morte, non se ne tien conto, e ambidue i valori si pareggiano. Dunque la regola del Codice, la quale dichiara doversi dedurre i debiti sul valore riunito tanto dei beni esistenti alla morte, quanto di quelli donati fra vivi, è inesatta allorchè i beni esistenti alla morte fossero inferiori al passivo (*ibid.*).

XXXI.—Quando, determinata la cifra del disponibile, tutte le liberalità fatte dal de-

durre. Si può dire che l'erede, il quale accetti puramente, diviene il vero rappresentante del defunto, per modo che rimane obbligato a tutti gli obblighi di quello, e come quegli non avrebbe potuto impugnare le proprie liberalità, neppure lo possa l'erede puro e semplice. — Questo ragionamento sarebbe un grave errore. Quantunque l'erede puro e semplice continui la persona del defunto, nondimeno ha diritti (ed anco obbligazioni), i quali, benchè gli derivano dal titolo di erede, gli sono proprî nascendo in lui senza essere esistiti nella persona del defunto, cotal che il titolo di erede è solo *la condizione* di tali dritti, i quali hanno *causa* nella speciale disposizione della legge. Tale è per l'appunto il dritto di far ridurre (tale eziandio l'obbligazione di soddisfare i legati).

to la sorpassino, si fa la riduzione. Veno ora come e con qual ordine le linalità vi soggiacciono.

Fino a che il padre di famiglia non abesaurito il disponibile, le sue disponi sono fatte validamente; al contrario, sono impugnarsi se siensi fatte dopo quella parte sia già consumata. Quindi nullamento seguirà l' ordine delle date ninciando dalle disposizioni più recenti risalendo alle più antiche.

Uopo è dunque innanzi tutto riconoscere data di una liberalità, il che non è molto gevole.

Primieramente, le donazioni testamentae in qualunque tempo siensi scritte, anno indistintamente e sempre la data ella morte del disponente, fintanto che que.i viva sono semplici progetti, i quali dientano atti di disposizione al punto della tessa morte. Tutte queste liberalità dunque devono ridursi a un tempo, ciascuna n proporzione del proprio valore (articoo 923 (840)).

Per l'opposito, la data delle donazioni fra vivi è quella in cui si è formato il conratto, effettuandosi il concorso delle due volontà, vale a dire il momento in cui il lonatario abbia accettato, tanto se l'accetazione siesi fatta a un tempo con la oferta del donante, quanto se segua più o meno dopo. Tali donazioni dunque non possono venir ridotte se prima non sieno annullati per intero i legati, e ciascuna può esser solo menomata quando le più recenti sieno state prese interamente (*ibid.*).

Se non che vi ha una specie di donazioni e testamentarie e fra vivi eccettuata da tale regola generale. Intendiamo di quelle fatte ad eredi senza precapienza (vale a dire per prendersi dal beneficiato che si presenta alla successione, come parte della successione, e non a titolo di donatario, ma di erede). Tali donazioni attribuiscono originariamente lo stesso dritto creditario, ma si trasformano in vere donazioni colla rinunzia del beneficiato all'eredità (1).

Gli è certo che in faccia ai veri donatari, esse prendono data come donazioni dal momento in cui diventano tali per mezzo della rinunzia dell' erede. Se non che ciò non toglie che non si debba conservare per tali donatari imperfetti. considerati fra loro, la data della disposizione primitiva. Ciascuno facendo lo stesso non può certamente dolersi delle trasformazioni onde gli altri prendono una parte del disponibile, che il defunto non voleva loro donare. Così la data di queste bastarde donazioni sarà : 1° fra esse, o quella del contratto (se sieno fra vivi) o quella della morte (se sieno per testamento); e 2° rispetto alle donazioni propriamente dette, la data della rinunzia che le ha trasformato (art. 923, n. II (840)).

Quindi è d'uopo distinguere non più due ma quattro classi di liberalità, le quali si riducono coll'ordine seguente: primieramente, i legati fatti senza anteparte agli eredi che ripudiano, e questi soggiacciono alla riduzione a un tempo; in secondo luogo, giusta l'ordine delle date, le donazioni fra vivi fatte agli stessi eredi senza anteparte; in terzo luogo, tutti gli altri legati e finalmente le altre donazioni fra vivi per ordine di data.

Diciamo che i legati (sieno della prima o della terza classe) sono sempre ridotti a un tempo, cioè quelle di una medesima classe perchè tutti hanno la stessa data val dire quella in cui seguì la morte del loro autore. Se dunque non occorra annullarle per intero, ma solo ridurle parzialmente, la riduzione dee farsi in proporzione pro rata, senza far differenza fra i legati universali o a titolo universale, e quelli particolari. A tale scopo si determina l' effettivo valore che ciascun legato produrrebbe al suo legatario se non si facesse la riduzione; si sommeranno i particolari valori dei legati per conoscere l' intiera somma dei beni legati, poscia si stabilirà la frazione che è necessario scemare dall'intero valore affinchè gli eredi conseguano

(1) Infatti la legge collega alla rinunzia del successibile il favore, forse strano di conservare come donatario ordinario quel che il disponente avea permesso prendere solo come crede.

fine conviene ammettere due quote disponibili 1° quella degli estranei e dei collaterali; 2° quella degli eredi riservatari, la quale oltre della prima, comprende la parte dell' erede nella riserva, perocchè tal nuova quota disponibile è meramente immaginaria, nè rinviensi neppure un pretesto nella legge per ammetterla (art. 919 (835), n. II e III).

Così qualunque erede che abbia ricevuto dal defunto beni riservati, rinunciando alla successione non vi ha più dritto. Conviene quindi sapere in quali casi la donazione fatta all'erede sarà di beni sottoposti alla riserva.

Gli è certo se siasi fatta in tempo in cui tutto il disponibile era già esaurito con donazioni anteriori. Ma non è questo il solo caso. Si considera (come fanno tutte le decisioni) di essersi anco presa sulla riserva allorchè quantunque il disponente abbia ancora beni disponibili, faccia la donazione non a titolo di precapienza e di anteparte, e destini appresso il disponibile in liberalità a vantaggio o di eredi per anteparte o di estranei. In fatti, il padre di famiglia può fare evidentemente quel che voglia, del suo disponibile; or facendo liberalità a titolo di anteparte, o ad estranei, evidentemente è sua volontà che sieno prese sul disponibile prima delle semplici anticipazioni di eredità *(ibid. IV)*.

XXVI.—Un'altra conseguenza che la riserva sia null'altro che la stessa successione, e che il rinunziante non vi ha dritto (conseguenza generalmente sconosciuta, ma pure non meno certa) si desume dal non potersi contare il rinunciante per determinarne la somma.

E dapprima, è proprio della massa dei beni della successione riservata essere or più piccola, or più grande secondo i casi e precisamente pel numero dei figli; cotal che si va contro lo scopo ed il pensiero della legge se si calcoli per tre figli quando in vece lo si dee per due, o per due quando si dee per un solo. Il testo della legge è uniforme a tal'idea; perocchè se egli è vero che l'art. 913 (829) indica per base del calcolo il numero dei figli che il disponente *lasci alla sua morte*, emerge dalla disamina di quest'articolo e di altri venti ancora che in qualunque successione ordinaria o riservata, le parole *lasciare tal parente* nel linguaggio del Codice suonano *avere erede tale parente* onde l'articolo parla certamente del numero dei figli che accettano la successione. Da ultimo, gli stessi principi dissipano ogni dubbio, avvegnachè se ogni rinuncia ha un effetto retroattivo che fa considerare giuridicamente non essere il rinunziante mai stato erede, ne consegue che i soli figli che accettano sono stati sin dalla morte investiti escludendo i rinunzianti.

Se non che si dirà che l'art. 786 (703) dichiari accrescersi la parte del rinunziante al suo coerede, per modo che quando uno dei figli rinunzia, l'altro dee ricever solo tutto quello che senza il ripudio, sarebbe appartenuto ad entrambi. È notevole da un lato, che il citato art. 786 (703) non offra un principio di dritto, ma semplici enunciazioni di fatto *le quali non* influiscono sulla teoria legale, essendo il solo principio giuridico della materia (e di cui lo stesso art. 786 (703) fa una particolare *applicazione*) racchiuso nella regola con cui si prescrive che il rinunziante reputasi essere stato sempre estraneo alla successione. Da un altro lato, è assolutamente impossibile che avvenga qui lo accrescimento ed anche la devoluzione, di cui è cenno eziandio *nello stesso* articolo, avvegnacchè l' uno e l' *altro sieno* non altro che l' attribuzione di *una medesima massa* o a *un numero minore* di eredi, ovvero ad eredi *di diversa qualità*. Or qui per lo appunto la massa cangia, e *non è più la stessa* per il cangiamento *di numero* o *di qualità* degli eredi... Del resto, la contraria dottrina si confuta da sè per la contraddizione che presenta, perocchè, mentre non ammette le esposte idee per lo accrescimento, le applica poi alla devoluzione, di cui la teorica è identicamente la stessa (art. 914-V. (830)).

XXVII.—Abbiamo veduto che dell'ere-

a concorrenza e per soddisfarsi della a porzione di riserva. In tal caso uopo però che gli altri beni, sui quali i suoi eredi prendono la riserva, fossero della essa natura di quelli donati, vale a dire ch'essi immobili. Se l'immobile donato n precapienza all' erede deve ritornare alla successione in parte, si applica una tra regola, già da noi conosciuta. Bisogna allora distinguere se l'immobile possa pur no facilmente dividersi: nel primo caso, se ne fa la divisione rimettendo in natura la parte che rientra nella riserva; nel secondo, l'intero immobile rimane presso l'erede donatario o i coeredi, secondo che all'uno o agli altri appartenga la porzione più considerevole, ed essendo le parti uguali, presso chi abbia maggior interesse ad averla.

La seconda eccezione al principio avviene, allorchè il donatario abbia alienato l'*immobile*.

Quando si apre la successione del disponente e per effetto della stessa apertura, il donatario di un immobile che faccia parte della riserva, vede risolvere il suo titolo di proprietà: quindi qualunque sua alienazione o concessione di dritti reali, sarebbe ugualmente risoluta: *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Se non che la legge tempra il rigore della regola nel caso di alienazione, applicandolo unicamente per le ipoteche, servitù e per qualunque altro peso reale di cui il donatario abbia gravato l'immobile. Essa nel primo caso obbliga gli eredi a contentarsi di una somma di denaro che rappresenti il valore dell'immobile; ed il terzo acquirente non solo può evitare la restituzione pagandone il valore, ma eziandio gli eredi han dritto di stringernelo se il donatario non può pagarla, e dopo aver dimostrato la insolvibilità di questo ultimo (art. 929-930 (846-847)).

Per principio i frutti della cosa soggetta a riduzione sono dovuti dal giorno dell'apertura della successione. (Non così i frutti anteriori, perocchè se la donazione non si fosse fatta, ed il donatario non avesse avuto la proprietà della cosa, li avrebbe raccolto non l'erede, ma il disponente, ed inoltre la donazione che ora in faccia all'erede è nulla, fu sempre valida contro il disponente). Se non che per applicarsi il principio, bisogna che l'azione di riduzione si sperimenti contro lo stesso donatario, o fra l'anno dalla morte. Onde se la dimanda si fa più tardi, potendo il silenzio di un anno far supporre o che non diasi luogo a riduzione, o che non se ne voglia usare, la legge autorizza a non restituire i frutti che dal dì dalla dimanda. Se essendo il donatario insolvibile, la riduzione si domandi contro il terzo acquirente dello immobile donato, questi essendo tenuto soltanto come possessore, farebbe suoi i frutti fino al giorno della dimanda, senza distinguere se dessa gli sia stata fatta fra l'anno dalla morte o più tardi (art. 928, 930, n. III (845, 847)).

L'azione di riduzione, allorchè si esercita contro il donatario o il rappresentante di lui, dura anni trenta a contare dal giorno dell'apertura della successione. essendo essa nè più nè meno una petizione di eredità. Ma se in vece si sperimenti contro i terzi, i quali hanno acquistato di buona fede gl'immobili donati, è soggetta alla prescrizione di dieci o venti anni conforme alla regola generale.

XXXV. — Abbiamo veduto nella prima sezione che debba annullarsi l'atto in apparenza a titolo oneroso fatto in vantaggio di una persona incapace di ricevere, se si provi esser donazione; non che la donazione fatta apparentemente ad un terzo, ma di cui si provi la interposizione, e lo interesse dello incapace; infine qualunque liberalità fatta ad un incapace con qualsivoglia mezzo indiretto. Abbiamo pure osservato, che è pur così quando la qualità del donatario tragga di pieno dritto la presunzione della interposizione, e però la nullità della donazione.

Or cotesta regola si applica naturalmente tanto alla indisponibilità dei beni, come alla incapacità delle persone (art. 930, n. IV (847)).

Oltre a queste regole che son comuni

alla incapacità e alla indisponibilità, ve n'han altre due più severe ma speciali a quest'ultima materia, delle quali una si applica solo fra coniugi.

1. Quando alcuno abbia alienato una cosa in vantaggio di un parente in linea retta, che fosse allora suo erede presuntivo, e l'alienazione sia fatta o a fondo perduto, o con riserva d'usufrutto, l'atto non ostante che appaia a titolo oneroso, nè potendosi provare tal carattere, stimasi di pieno dritto una donazione mentita; e tal liberalità (che la legge dispensa dalla collazione) deve ridursi come qualunque altra, alla porzione disponibile. Non è così, se il contratto non si ha per atto a titolo oneroso, se non quando vi consentano gli altri eredi presuntivi in linea retta (art. 918 (834)).

La legge si applica alle alienazioni fatte o con riserva di usufrutto, o a fondo perduto. La alienazione a fondo perduto è quella che si fa in cambio di rendite che debbono pagarsi entro un determinato tempo; di modo che la cosa uscita dal patrimonio non vi si trova sostituita da un valore permanente, ed è perduta quanto al fondo; così l'alienazione non è a fondo perduto se fatta per una rendita perpetua (*ibid.*).

Qui trattiamo delle alienazioni nelle quali il valore che forma il prezzo del fondo perduto, siesi stipulato in vantaggio di colui che aliena, e non già di un terzo; essendo questo il significato ordinario delle *alienazioni a fondo perduto*. In fatti, quando tal valore (a modo di esempio, una rendita vitalizia) si paga ad un terzo, non vi è più ragione perchè si presuma di esser l'atto gratuito, e simulate le quittanze che avrebbero potuto farsi. E ciò emerge dacchè l'alienazione a fondo perduto è pareggiata a quella che si fa con riserva d'usufrutto (*ibid.*).

Se fra i coeredi presuntivi dell'acquirente, alcuni soltanto avessero consentito alla alienazione, quelli che venissero alla successione dovrebbero rispettarla come atto a titolo oneroso; ma quelli che non vi avessero consentito, potrebbero per la loro parte tenerla come donazione mentita, e farla ridurre alla porzione disponibile (*ibid.*).

In tutto ciò si tratta di parenti in linea retta dell'alienante, e non può mai presumersi nè in favore nè contro i collaterali che l'atto sia gratuito. I collaterali che non sono riservatari, non potrebbero mai pretendere che quell'alienazione sia fatta a titolo gratuito, onde farla ridurre. D'altra parte, la legge la quale probabilmente pensa, che un atto con cui si vantaggi fraudolentemente uno degli eredi sarà molto meno frequente pei collaterali che pei parenti in linea retta, stabilisce solo contro quest'ultimi la presunzione d'essere gratuito (*ibid.*).

2. Pensando la legge con ragione, che le liberalità sono più a temersi fra coniugi, e dubitando qui più che altrove delle frodi che spesso avvengono mercè la simulazione di atto oneroso, o la interposizione di persone, e volendo con energia reprimerle, vien dichiarando che qualunque liberalità fatta al coniuge sotto l'apparenza di atto oneroso, o per interposte persone, non dovrà soltanto ridursi alla porzione disponibile, ma sarà nulla per l'intero.

Si tengono poi in tal caso persone interposte, i figli del coniuge donatario che non lo sieno insieme del disponente, e tutti i parenti di cui il coniuge sia erede presuntivo quando si fa l'atto (art. 1099. 1100 (1053, 1054)).

Le liberalità fatte al coniuge per qualunque altro modo indiretto, che non fosse la simulazione dell'atto oneroso, e la interposizione di persone, van soltanto soggette alla riduzione (art. 1099, § 1 (1053)).

XXXVI. — Innanzi di venire alle regole speciali, e alle donazioni fra vivi e a quelle per testamento, dobbiamo indicarne una che per una applicazione poco ragionata delle idee romane, è resa *comune* tanto alle une che alle altre.

I Romani, i quali tenevano a disonore il morire senza eredi per testamento, e riguardavano di gran rilevanza un testamento valido, aveano dichiarato che qualunque condizione impossibile o illecita ap-

funto la sorpassino, si fa la riduzione. Vediamo ora come e con qual ordine le liberalità vi soggiacciono.

Fino a che il padre di famiglia non abbia esaurito il disponibile, le sue disposizioni sono fatte validamente; al contrario, possono impugnarsi se siensi fatte dopo che quella parte sia già consumata. Quindi l'annullamento seguirà l' ordine delle date cominciando dalle disposizioni più recenti e risalendo alle più antiche.

Uopo è dunque innanzi tutto riconoscere la data di una liberalità, il che non è molto agevole.

Primieramente, le donazioni testamentarie in qualunque tempo siensi scritte, hanno indistintamente e sempre la data della morte del disponente, fintanto che questi viva sono semplici progetti, i quali diventano atti di disposizione al punto della stessa morte. Tutte queste liberalità dunque devono ridursi a un tempo, ciascuna in proporzione del proprio valore (articolo 923 (840)).

Per l'opposito, la data delle donazioni fra vivi è quella in cui si è formato il contratto, effettuandosi il concorso delle due volontà, vale a dire il momento in cui il donatario abbia accettato, tanto se l'accettazione siesi fatta a un tempo con la offerta del donante, quanto se segua più o meno dopo. Tali donazioni dunque non possono venir ridotte se prima non sieno annullati per intero i legati, e ciascuna può esser solo menomata quando le più recenti sieno state prese interamente (*ibid.*).

Se non che vi ha una specie di donazioni e testamentarie e fra vivi eccettuata da tale regola generale. Intendiamo di quelle fatte ad eredi senza precapienza (vale a dire per prendersi dal beneficiato che si presenta alla successione, come parte della successione, e non a titolo di donatario, ma di erede). Tali donazioni attribuiscono originariamente lo stesso dritto ereditario, ma si trasformano in vere donazioni colla rinunzia del beneficiato all'eredità (1).

Gli è certo che in faccia ai veri donatari, esse prendono data come donazioni dal momento in cui diventano tali per mezzo della rinunzia dell' erede. Se non che ciò non toglie che non si debba conservare per tali donatari imperfetti. considerati fra loro, la data della disposizione primitiva. Ciascuno facendo lo stesso non può certamente dolersi delle trasformazioni onde gli altri prendono una parte del disponibile, che il defunto non voleva loro donare. Così la data di queste bastarde donazioni sarà : 1° fra esse , o quella del contratto (se sieno fra vivi) o quella della morte (se sieno per testamento); e 2° rispetto alle donazioni propriamente dette , la data della rinunzia che le ha trasformato (art. 923, n. II (840)).

Quindi è d'uopo distinguere non più due ma quattro classi di liberalità , le quali si riducono coll'ordine seguente : primieramente, i legati fatti senza anteparte agli eredi che ripudiano, e questi soggiacciono alla riduzione a un tempo; in secondo luogo, giusta l'ordine delle date, le donazioni fra vivi fatte agli stessi eredi senza anteparte; in terzo luogo, tutti gli altri legati e finalmente le altre donazioni fra vivi per ordine di data.

Diciamo che i legati (sieno della prima o della terza classe) sono sempre ridotti a un tempo , cioè quelle di una medesima classe perchè tutti hanno la stessa data val dire quella in cui seguì la morte del loro autore. Se dunque non occorra annullarle per intero, ma solo ridurle parzialmente, la riduzione dee farsi in proporzione pro rata, senza far differenza fra i legati universali o a titolo universale, e quelli particolari. A tale scopo si determina l' effettivo valore che ciascun legato produrrebbe al suo legatario se non si facesse la riduzione; si sommeranno i particolari valori dei legati per conoscere l' intiera somma dei beni legati, poscia si stabilirà la frazione che è necessario scemare dall'intero valore affinchè gli eredi conseguano

(1) Infatti la legge collega alla rinunzia del successibile il favore, forse strano di conservare come donatario ordinario quel che il disponente avea permesso prendere solo come erede.

nome del donatario, il che non è ammesso dal nostro Codice (art. 933 (857)).

I tutori, per le donazioni fatte ai pupilli, o agli interdetti; il curatore nominato *ad hoc*, per quelle che si fanno a un sordo-muto che non sappia scrivere; e i direttori od amministratori di pubblici stabilimenti; ed altre persone morali, non hanno solo il dritto, ma anche l'obbligo di accettare quelle donazioni.

Eglino quindi debbono rispondere della mancanza dell'accettazione, contro la quale il donatario non potrebbe farsi restit quand'anche fossero insolvibili quelli dovessero accettare (art. 942 (866)).

N. B. Alcune donazioni fra vivi, sono soggette sempre alle medesime gole, e noi dobbiamo qui distinguere: le donazioni ordinarie; 2° quelle fatt futuri coniugi nel loro contratto di ma monio da terzi; 3° infine quelli che sposi si fanno tra loro, o nel loro co tratto nuziale, o durante il matrimonio.

SEZIONE PRIMA

DELLE DONAZIONI ORDINARIE

XXXIX. — La donazione tra vivi è valida in generale quando è stata accettata in termini espressi, e si è operato uno spossessamento presente e irrevocabile del donante.

La legge vuole imperiosamente che sia espressa l'accettazione del donatario affinchè sieno più assai i casi di nullità. Del resto, espressa che è formalmente, non importa in quali termini sia concepita (articolo 932 (856)).

Oltre a ciò bisogna sempre a pena di nullità esservi lo spossessamento presente, irrevocabile del donante.

Esaminata nella sua natura e nei suoi effetti la importante regola della trascrizione, studieremo prima il principio fondamentale delle donazioni ordinarie, e poi quali eccezioni abbia recato il Codice alla irrevocabilità.

XL. — Conforme al novello principio già indicato, e che nel titolo seguente più ampiamente svilupperemo, la donazione con cui si trasferiscono dritti reali, si reca in atto per solo effetto del consenso e senza bisogno di tradizione; pure per quanto riguarda i beni capaci d'ipoteca, non è bastevole solo il consenso. Il trasferimento si compie in questo modo tra il donatario e il donante (e qualunque altra persona come vedremo); ma non esiste assolutamente e rispetto a tutti, se non mercè la trascrizione dell'atto, cioè la sua copia intera sul registro del conservatore delle ipoteche.

Quando si compilava il Codice, le donazioni erano soggette insieme ad una specie di registramento voluto da tre secoli col nome d'*insinuazione*, ed inoltre, come atti traslativi di proprietà immobiliare, alla trascrizione voluta dalla legge di brumaio anno VII. I compilatori del Codice osservando che dalla promulgazione di quella legge la insinuazione era venuta in disuso perchè poco utile, la tolsero di mezzo dichiarando che la pubblicità delle donazioni sarebbe abbastanza garentita dalla trascrizione prescritta dalla legge di brumaio.

Più innanzi allorchè si compilava il titolo delle *Ipoteche*, la legge di brumaio era stata abrogata, e la trascrizione fu solo richiesta per la purgazione delle ipoteche. Ma l'abrogazione non riguardava le donazioni, avvegnachè la trascrizione fosse richiesta per queste come speciale formalità per far le veci dell'antica insinuazione (art. 939 (863)).

Siccome la domanda di trascrizione è un fatto materiale per cui non vuolsi alcuna capacità, così la donna maritata anche senza autorizzazione, e il minore, anche non emancipato, possono far trascrivere la donazione fatta ad essi; ma il marito, il tutore, il curatore, non che gli amministratori dei pubblici stabilimenti, essendo

alla concorrenza e per soddisfarsi della sua porzione di riserva. In tal caso uopo è però che gli altri beni, sui quali i suoi coeredi prendono la riserva, fossero della stessa natura di quelli donati, vale a dire anch'essi immobili. Se l'immobile donato con precapienza all' erede deve ritornare nella successione in parte, si applica una altra regola, già da noi conosciuta. Bisogna allora distinguere se l'immobile possa o pur no facilmente dividersi: nel primo caso, se ne fa la divisione rimettendo in natura la parte che rientra nella riserva; nel secondo, l'intero immobile rimane presso l'erede donatario o i coeredi, secondo che all'uno o agli altri appartenga la porzione più considerevole, ed essendo le parti uguali, presso chi abbia maggior interesse ad averla.

La seconda eccezione al principio avviene, allorchè il donatario abbia alienato l'immobile.

Quando si apre la successione del disponente e per effetto della stessa apertura, il donatario di un immobile che faccia parte della riserva, vede risolvere il suo titolo di proprietà : quindi qualunque sua alienazione o concessione di dritti reali, sarebbe ugualmente risoluta : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Se non che la legge tempra il rigore della regola nel caso di alienazione , applicandolo unicamente per le ipoteche, servitù e per qualunque altro peso reale di cui il donatario abbia gravato l'immobile. Essa nel primo caso obbliga gli eredi a contentarsi di una somma di denaro che rappresenti il valore dell'immobile; ed il terzo acquirente non solo può evitare la restituzione pagandone il valore, ma eziandio gli eredi han dritto di stringernelo se il donatario non può pagarla, e dopo aver dimostrato la insolvibilità di questo ultimo (art. 929-930 (846-847)).

Per principio i frutti della cosa soggetta a riduzione sono dovuti dal giorno dell'apertura della successione. (Non così i frutti anteriori , perocchè se la donazione non si fosse fatta, ed il donatario non avesse avuto la proprietà della cosa, li avrebbe raccolto non l'erede, ma il disponente, ed inoltre la donazione che ora in faccia all'erede è nulla , fu sempre valida contro il disponente). Se non che per applicarsi il principio, bisogna che l'azione di riduzione si sperimenti contro lo stesso donatario, o fra l'anno dalla morte. Onde se la dimanda si fa più tardi , potendo il silenzio di un anno far supporre o che non diasi luogo a riduzione, o che non se ne voglia usare, la legge autorizza a non restituire i frutti che dal dì dalla dimanda. Se essendo il donatario insolvibile, la riduzione si domandi contro il terzo acquirente dello immobile donato , questi essendo tenuto soltanto come possessore, farebbe suoi i frutti fino al giorno della dimanda , senza distinguere se dessa gli sia stata fatta fra l' anno dalla morte o più tardi (art. 928 , 930 , n. III (845, 847)).

L'azione di riduzione, allorchè si esercita contro il donatario o il rappresentante di lui, dura anni trenta a contare dal giorno dell'apertura della successione. essendo essa nè più nè meno una petizione di eredità. Ma se in vece si sperimenti contro i terzi, i quali hanno acquistato di buona fede gl'immobili donati, è soggetta alla prescrizione di dieci o venti anni conforme alla regola generale.

XXXV. — Abbiamo veduto nella prima sezione che debba annullarsi l'atto in apparenza a titolo oneroso fatto in vantaggio di una persona incapace di ricevere , se si provi esser donazione; non che la donazione fatta apparentemente ad un terzo, ma di cui si provi la interposizione, e lo interesse dello incapace; infine qualunque liberalità fatta ad un incapace con qualsivoglia mezzo indiretto. Abbiamo pure osservato, che è pur così quando la qualità del donatario tragga di pieno dritto la presunzione della interposizione, e però la nullità della donazione.

Or cotesta regola si applica naturalmente tanto alla indisponibilità dei beni, come alla incapacità delle persone (art. 930 , n. IV (847)).

Oltre a queste regole che son comuni

nome del donatario, il che non è ammesso dal nostro Codice (art. 933 (857)).

I tutori, per le donazioni fatte ai pupilli, o agli interdetti; il curatore nominato *ad hoc*, per quelle che si fanno a un sordo-muto che non sappia scrivere; e i direttori od amministratori di pubblici stabilimenti; ed altre persone morali, non hanno solo il dritto, ma anche l'obbligo di accettare quelle donazioni.

Eglino quindi debbono rispondere della mancanza dell'accettazione, contro la quale il donatario non potrebbe farsi restituire, quand'anche fossero insolvibili quelli che dovessero accettare (art. 942 (866)).

N. B. Alcune donazioni fra vivi, non sono soggette sempre alle medesime regole, e noi dobbiamo qui distinguere: 1° le donazioni ordinarie; 2° quelle fatte a futuri coniugi nel loro contratto di matrimonio da terzi; 3° infine quelli che gli sposi si fanno tra loro, o nel loro contratto nuziale, o durante il matrimonio.

SEZIONE PRIMA

DELLE DONAZIONI ORDINARIE

XXXIX. — La donazione tra vivi è valida in generale quando è stata accettata in termini espressi, e si è operato uno spossessamento presente e irrevocabile del donante.

La legge vuole imperiosamente che sia espressa l'accettazione del donatario affinchè sieno più assai i casi di nullità. Del resto, espressa che è formalmente, non importa in quali termini sia concepita (articolo 932 (856)).

Oltre a ciò bisogna sempre a pena di nullità esservi lo spossessamento presente, irrevocabile del donante.

Esaminata nella sua natura e nei suoi effetti la importante regola della trascrizione, studieremo prima il principio fondamentale delle donazioni ordinarie, e poi quali eccezioni abbia recato il Codice alla irrevocabilità.

XL. — Conforme al novello principio già indicato, e che nel titolo seguente più ampiamente svilupperemo, la donazione con cui si trasferiscono dritti reali, si reca in atto per solo effetto del consenso e senza bisogno di tradizione; pure per quanto riguarda i beni capaci d'ipoteca, non è bastevole solo il consenso. Il trasferimento si compie in questo modo tra il donatario e il donante (e qualunque altra persona come vedremo); ma non esiste assolutamente e rispetto a tutti, se non mercè la trascrizione dell'atto, cioè la sua copia intera sul registro del conservatore delle ipoteche.

Quando si compilava il Codice, *le donazioni* erano soggette insieme ad una specie di registramento voluto da tre secoli col nome d'*insinuazione*, ed inoltre, come atti traslativi di proprietà immobiliare, alla trascrizione voluta dalla legge di brumaio anno VII. I compilatori del Codice osservando che dalla promulgazione di quella legge la insinuazione era venuta in *di*suso perchè poco utile, la tolsero di mezzo dichiarando che la pubblicità delle donazioni sarebbe abbastanza garentita dalla trascrizione prescritta dalla legge di brumaio.

Più innanzi allorchè si compilava *il* titolo delle *Ipoteche*, la legge *di brumaio* era stata abrogata, e la trascrizione fu *solo* richiesta per la purgazione delle ipoteche. Ma l'abrogazione non riguardava le donazioni, avvegnachè la trascrizione fosse richiesta per queste come speciale formalità per far le veci dell'antica insinuazione (art. 939 (863)).

Siccome la domanda di trascrizione è un fatto materiale per cui non vuolsi alcuna capacità, così la donna maritata anche senza autorizzazione, e il minore, anche non emancipato, possono far trascrivere la donazione fatta ad essi; ma il marito, il tutore, il curatore, non che gli amministratori dei pubblici stabilimenti, essendo

natario in secondo luogo, nello interesse l quale il donatario principale è obbli-o a conservare la cosa fino alla sua mor-onde trasmetterla a quello.

Qui gli eredi sarebbero chiamati non ne donatari, ma come eredi del donan-, come quelli che eserciterebbero dopo il dritto che egli aveva. La clausola ritorno, estesa così dal donante ai suoi edi, anzichè attraversare, come la sosti-zione, l'ordine legale delle successioni, cessare quel disordine recato dalla do-azione. Non vi sarebbe sostituzione come a ben detto la Corte Suprema, quando ol falso nome di dritto di ritorno la tra-missione dei beni fosse stipulata dal do-atario o dai suoi figli ad estranei, ovvero er gli eredi del donante senza esserlo per o stesso donante. Allora in fatti non sa-ebbe più *un ritorno* di beni al patrimo-*io del donante* da cui erano usciti, ma eramente una donazione fatta in secondo uogo nella donazione principale, una vera ostituzione (*ibid.*).

Effettuandosi il dritto di ritorno, risol-vendosi la donazione, e ritenendosi il do-atario come se mai avesse avuto la pro-prietà dei beni, vengono meno immedia-amente tutte le alienazioni e concessioni di dritti reali che avrebbero potuto fare. In un sol caso il Codice si slontana da questo principio. Allorquando la donazione si è fatta nel contratto di matrimonio del donatario, la legge per la presunta inten-zione del donante permette che la moglie del donatario faccia valere la ipoteca le-gale sopra gl'immobili donati, ma soltanto per la sua dote, e le convenzioni matri-moniali e quando gli altri immobili del ma-rito non sieno bastevoli (art. 953 (878)).

XLIII. — Dal divieto della legge di ap-porre nella donazione condizioni che di-pendono dalla volontà del donante, come quelle che ne impediscono la irrevocabilità, non può certamente inferirsi di arbitrio il divieto di questa o quell'altra classe di con-dizioni (art. 951, n. V (876)).

Così, sebbene l'antica donazione per cau-sa di morte sia rigettata dal Codice (il quale due sole maniere di disporre a ti-tolo gratuito ammette, la donazione fra vivi ed il testamento) non bisogna conchiudere che non si potrebbe donare sotto la con-dizione che era un tempo uno dei carat-teri della donazione per causa di morte, vogliamo dire della condizione che farebbe risolvere la donazione per la sopravvivenza del donante a quel pericolo o a quell'av-venimento.

Infatti dal non essere più ammessa la donazione per causa di morte bisogna in-ferire solamente doversi dichiarar nulla la donazione che ne riproducesse realmente i caratteri. Or la condizione da noi indi-cata era l'unico carattere di quella dona-zione. Dessa era quella, la quale fatta sotto tal condizione era inoltre 2° rivocabile a libito del disponente, e 3° rivocata di pieno dritto per la premorienza del donatario. Di più non è dubbio che la donazione la quale avesse questi tre caratteri; sarebbe affatto nulla (come donazione ordinaria, trattan-dosi di essa in questa sezione) ma allor-quando la donazione porgerà un solo di tali caratteri, non si può più dire che sia l'antica donazione per causa di morte. Un tempo è vero il primo carattere impresso faceva riguardare come sottintesi gli altri due; ma non così oggi. Quando era per-messa la donazione per causa di morte, era ben naturale la presunzione per mezzo del suo principal carattere che il donante a cui essa molto giovava, avesse voluto far-la. Ma oggi che è nulla, non può darsi più luogo a tal presunzione, non presu-mendosi cause di nullità. La donazione fatta sotto la condizione risolutiva, resterà dun-que donazione fra vivi irrevocabile, tranne che si avveri la condizione; soppressa la donazione per causa di morte, si deve ap-punto inferire la irrevocabilità, e non già la nullità della donazione.

§ 2. — *Eccezione al principio della irrevocabilità.*

XLIV. — Oltre alle condizioni risolutive a cui il disponente può assoggettare la sua

dersi sulla eredità (e che sarebbe dovuta quando la eredità avesse bastevoli entrate) avvegnachè in tutti questi casi la donazione non produrrebbe per il donatario un credito presente, ma darebbe solo una speranza che non diverrebbe mai un dritto, se il defunto non lasciasse una eredità solvibile. Bisogna che la donazione conferisca un dritto (sia *in re* sia *ad rem*) che al presente esista; la quale idea è espressa dal Codice col dire che la donazione debba riguardare beni presenti, e sarebbe nulla se riguardasse beni futuri. Per modo di esempio, la donazione riguarderà una cosa presente secondo il Codice, cioè: conferirà un dritto presente attribuendo al donatario una somma da ricevere, non già *se* vi sieno bastanti entrate nella eredità, ma solo *al tempo* della apertura della eredità. Allora non sarebbe una condizione ma un termine che non toglierebbe che il credito esistesse al presente; quand'anche poi la successione fosse insolvibile, il credito non dovrebbe esser meno soddisfatto dall'erede del donante se avesse puramente accettato. Nè importa, essendo il credito al presente costituito, che sia o pur no accompagnato dalla ipoteca sopra i beni che spettano oggi al donante; perchè, come bene ha detto la Corte Suprema, per la esistenza del dritto è di nessun rilievo il difetto di garenzia (art. 943 (867)).

La donazione sarebbe egualmente nulla fatta sotto una condizione che fosse in balìa del donante far o pur no eseguire; poichè allora il donante si riserberebbe un mezzo di disobbligarsi, e non sarebbe irrevocabilmente spogliato (art. 944 (868)).

Sarebbe pur nulla fatta con l'obbligo che il donatario soddisfi i debiti o altre somme che non fossero al presente determinate, e che quindi potrebbero essere o diventar pari al valore della cosa donata. Anche qui il disponente mentre dà, si riserba il mezzo di annullare la sua liberalità (art. 945 (869)).

Da ultimo sarebbe certamente nulla se il disponente avesse donato i beni riserbandosi la facoltà di disporne poi altrimenti (art. 946 (870)).

E si noti che in tutti questi casi la donazione è nulla per ciò solo che il donante può renderla inefficace, non avendo riguardo se ne abbia o pur no fatto uso. Così, avendo io donato il mio podere col carico di pagare i debiti che potrò avere dentro due anni, la donazione è, e resterà nulla quando pure spirati i due anni io non avessi alcun debito. Ma comprendesi che sarà nulla quella sola parte di donazione che è revocata (*ibid.*).

XLII. — Non sarebbe donare e ritenere il fare una donazione con la stipulazione che sarà risoluta, e i beni torneranno al donante se sopravviva al donatario, *o al* donatario che muore senza prole, o *al donatario* e alla sua prole; non dipend*endo la* sopravvivenza dalla volontà del donante. Di più questa stipulazione del dritto di ritorno è dalla legge formalmente permessa; ma in vantaggio del solo donante, nè potrebbe estendersi agli eredi di lui. Questa stipulazione, sebbene si fosse *solo parlato* di *premorienza o di sopravvivenza*, s' intenderebbe tanto della morte *civile che* della naturale; avvegnachè la prima apra la successione e faccia passare i beni agli eredi, del pari che la seconda. Effettuare il ritorno per la sopravvivenza naturale *del* donante già morto civilmente in vita del donatario, sarebbe il medesimo che attribuire il beneficio del ritorno, non al donante, ma agli eredi di lui, cosa non permessa dalla legge. Viceversa, non ammettere il ritorno per la morte civile del donatario o dei suoi discendenti importerebbe far passare i beni per effetto della morte civile, e non ostante che viva il donante, a quelli ai quali questi avea voluto anteporsi (art. 951 (875 e 876)).

Se la clausola di ritorno fosse stipulata non pel solo donante, ma per *il donante* e i suoi eredi, essendo contraria *alla disposizione* della legge, si terrebbe per non iscritta, come abbiamo di sopra veduto (numero XXXVI). Ma non si dica che presenterebbe allora una sostituzione, e trarrebbe quindi la nullità della stessa donazione.

La sostituzione, come vedremo nel capitolo IV, è una liberalità fatta in pro del

atario in secondo luogo, nello interesse quale il donatario principale è obbli- a conservare la cosa fino alla sua mor- onde trasmetterla a quello.

Qui gli eredi sarebbero chiamati non ne donatari, ma come eredi del donan- come quelli che eserciterebbero dopo il dritto che egli aveva. La clausola ritorno, estesa così dal donante ai suoi edi, anzichè attraversare, come la sosti- zione, l'ordine legale delle successioni, cessare quel disordine recato dalla do- azione. Non vi sarebbe sostituzione come ben detto la Corte Suprema, quando al falso nome di dritto di ritorno la tra- missione dei beni fosse stipulata dal do- atario o dai suoi figli ad estranei, ovvero er gli eredi del donante senza esserlo per stesso donante. Allora in fatti non sa- ebbe più *un ritorno* di beni al patrimo- io del donante da cui erano usciti, ma eramente una donazione fatta in secondo uogo nella donazione principale, una vera ostituzione (*ibid.*).

Effettuandosi il dritto di ritorno, risol- endosi la donazione, e ritenendosi il do- atario come se mai avesse avuto la pro- rietà dei beni, vengono meno immedia- amente tutte le alienazioni e concessioni i dritti reali che avrebbero potuto fare. n un sol caso il Codice si slontana da uesto principio. Allorquando la donazione i è fatta nel contratto di matrimonio del lonatario, la legge per la presunta inten- ione del donante permette che la moglie lel donatario faccia valere la ipoteca le- ale sopra gl'immobili donati, ma soltanto er la sua dote, e le convenzioni matri- noniali e quando gli altri immobili del ma- ito non sieno bastevoli (art. 953 (878)).

XLIII. — Dal divieto della legge di ap- porre nella donazione condizioni che di- endono dalla volontà del donante, come uelle che ne impediscono la irrevocabilità, non può certamente inferirsi di arbitrio il livieto di questa o quell'altra classe di con- dizioni (art. 951, n. V (876)).

Così, sebbene l'antica donazione per cau- sa di morte sia rigettata dal Codice (il quale due sole maniere di disporre a ti- tolo gratuito ammette, la donazione fra vivi ed il testamento) non bisogna conchiudere che non si potrebbe donare sotto la con- dizione che era un tempo uno dei carat- teri della donazione per causa di morte, vogliamo dire della condizione che farebbe risolvere la donazione per la sopravvivenza del donante a quel pericolo o a quell'av- venimento.

Infatti dal non essere più ammessa la donazione per causa di morte bisogna in- ferire solamente doversi dichiarar nulla la donazione che ne riproducesse realmente i caratteri. Or la condizione da noi indi- cata era l'unico carattere di quella dona- zione. Dessa era quella, la quale fatta sotto tal condizione era inoltre 2° rivocabile a libito del disponente, e 3° rivocata di pieno dritto per la premorienza del donatario. Di più non è dubbio che la donazione la quale avesse questi tre caratteri; sarebbe affatto nulla (come donazione ordinaria, trattan- dosi di essa in questa sezione) ma allor- quando la donazione porgerà un solo di tali caratteri, non si può più dire che sia l'antica donazione per causa di morte. Un tempo è vero il primo carattere impresso faceva riguardare come sottintesi gli altri due; ma non così oggi. Quando era per- messa la donazione per causa di morte, era ben naturale la presunzione per mezzo del suo principal carattere che il donante a cui essa molto giovava, avesse voluto far- la. Ma oggi che è nulla, non può darsi più luogo a tal presunzione, non presu- mendosi cause di nullità. La donazione fatta sotto la condizione risolutiva, resterà dun- que donazione fra vivi irrevocabile, tranne che si avveri la condizione; soppressa la donazione per causa di morte, si deve ap- punto inferire la irrevocabilità, e non già la nullità della donazione.

§ 2. — *Eccezione al principio della irrevocabilità.*

XLIV. — Oltre alle condizioni risolutive a cui il disponente può assoggettare la sua

donazione, e di cui si è parlato nel precedente paragrafo, la legge medesima stabilisce senza che vi sia alcuna stipulazione, tre cause di revoca cioè : 1° lo inadempimento degli obblighi imposti alla donazione, 2° la ingratitudine del donatario, 3° la sopravvenienza dei figli al donante (art. 953 (878)).

E primieramente, la donazione soggetta ad obblighi, si fa di pieno dritto sotto la condizione che quelli saranno adempiti dal donatario, per modo che lo inadempimento fa risolvere la donazione insieme coi dritti reali, che il donatario avrebbe potuto consentire. Del resto, essendo il donatario obbligato ad adempiere gli obblighi, il donante è facultato o di far dichiarare la revoca, o di pretendere lo adempimento. L'azione che qui è puramente pecuniaria, apparterrebbe non solo agli eredi del donante, ma altresì ai suoi creditori. Ma può esercitarsi in 30 anni o si chieda l'adempimento, o si domandi la revoca (art. 954, 957, 1304 (879, 882, 1258)).

XLV. — La donazione può rivocarsi per ingratitudine del donatario, se questi attenti alla vita del donante, se si renda colpevole verso di lui di delitti, ingiurie, o sevizie abbastanza gravi ; infine se a lui neghi gli alimenti nei suoi bisogni, val dire quando non gli bastino i beni nè abbia parenti o affini legalmente obbligati a soccorrerlo, e che possano farlo. In questo, come nel precedente caso, il donante deve far dichiarare la revoca dal giudice; se non che l'azione dura un solo anno dal giorno in cui il donatario abbia potuto conoscere il fatto della ingratitudine, e si estinguerebbe anche se il donante abbia perdonato (art. 956, 957 (881, 882)).

La revoca può esser solo domandata contro il donatario dal solo donante; non potrà essere domandata nè contro gli eredi del donatario ; nè dagli eredi del donante. Pure la legge permette agli eredi del donante di continuare l'azione intentata da costui, o anche d'intentarla essi quando egli sia morto innanzi che spirasse l'anno, cioè essi hanno solo l'azione quale a loro è trasmessa dal defunto, cotalchè non potrebbero mai intentarla di proprio dritto per una ingiuria fatta alla memoria del defunto donante. La legge non fa alcuna eccezione alla prima parte della regola : la revoca per ingratitudine che è una vera pena, non può esser mai pronunziata che contro lo stesso colpevole (*ibid.*).

Perchè qui la revoca è una pena che deve solo soffrire il donatario, la legge, non ostante la risoluzione, conserva tutti i dritti che quello abbia potuto conferire ai terzi sopra i beni donati. E sebbene in principio, qualunque sentenza debba retroagire al giorno della domanda, qui retroagisce al giorno in cui la domanda è stata fatta pubblica colla iscrizione in margine della trascrizione della donazione, o nel corpo stesso del registro del conservatore, se non si fosse fatta la iscrizione (art. 958 (883)).

Quando i beni sono stati alienati prima della iscrizione, il donatario sarà tenuto al valore che quelli avrebbero al giorno della domanda se non fossero stati donati ; e se il donatario gli avesse gravato di dritti reali, ovvero deteriorato ne dovrà il ristoro. Egli deve ugualmente i frutti a contare dal giorno della domanda (*ibid.*).

La legge eccettua dalla regola per ingratitudine le donazioni fatte *in contemplazione del matrimonio*. Coteste donazioni son quelle che nel contratto di matrimonio si fanno al futuro coniuge da terzi, ma non già quelle che si fanno i coniugi reciprocamente. La donazione fatta a un coniuge da un terzo va anche in vantaggio dell'altro e dei figli che nasceranno, ed è veramente fatta in favore di tutta la famiglia e *in contemplazione* del matrimonio; al contrario quella di un coniuge all'altro non giova nè a chi la fa, nè ai figli, essendo un favore personale di chi la riceve. Di più il Codice avendo trattato in un capitolo speciale delle donazioni fatte in *contemplazione del matrimonio* cioè da terzi ai coniugi, tratta di quelle che si fanno i coniugi anche per contratto di matrimonio in un altro capitolo, e con nome speciale di donazione *fra coniugi*. La ragione e la morale chiedevano che le do-

ioni dei coniugi fra loro rimanessero ocabili per ingratitudine. Imperochè se i conviene si revochi per colpa del doario la donazione, che giova al suo conc e ai figli (perchè altrimenti si punibero gl'innocenti) sarebbe cosa assure immorale, se si accordasse il medeio privilegio al coniuge che ha ricevuto ll'altro, e che per la sola qualità è molto i reo di qualunque altro donatario (arolo 959 (884)).

XLVI. — La terza ed ultima causa di re›ca indicata dalla legge è la sopravvenienza i un figlio o discendente legittimo al doante, che non ne aveva al tempo della onazione (art. 960 (885)).

Primieramente si manda ad effetto la revoca uando il disponente abbia donato, allor he non avea legittimi discendenti. Il Colice non determina quest' ultima qualità iarlando solo di figli o discendenti ; ma 'u dichiarato al Consiglio di Stato, che si adottava il dritto stanziato dalla orlinanza del 1731 , a prescindere che la egge pareggiando i figli e gli altri discenlenti, non porga altra idea di quella data la noi (non essendovi discendenti naturai). Nella nostra antica giurisprudenza un iglio naturale riconosciuto, non impediva la revoca. Indarno si vuol trarre argomento da che il Codice mutando in ciò la ordinanza, mantiene la donazione fatta da colui che ha un figlio naturale, sebbene poi legittimato. Imperocchè, siccome il figlio naturale esistente al tempo della donazione, impedisce che si revochi in suo vantaggio, così egli non deve impedirla per la nascita di figli legittimi, o per la legittimazione di figli naturali dopo la donazione. Ma ciò non solo; il cangiamento si è fatto per conseguire lo scopo moralissimo già indicato da Dumoulin, il quale benchè volesse la restrizione al principio , insegnava che in regola generale la presenza di un figlio naturale non impedirebbe la revoca. Se qui non conta il figlio naturale, nemmeno il figlio morto civilmente, avvegnachè legalmente non esiste nè può più essere erede del padre. Non così del figlio adottivo, essendo l'adozione una finzione che fra l'adottante e l'adottato costituisce una procreazione di figlio legittimo, e conferisce allo adottato tutti i dritti annessi alla qualità di figlio nato dal matrimonio. Adunque, siccome l'adozione fa sorgere il dritto di riduzione delle donazioni anteriori, così farà revocar quelle fatte dallo adottante quando era senza figli; e con più ragione, la presenza di un figlio adottivo al tempo che si fa una donazione non permette che poi si revochi quella liberalità, come fatta da un donante senza figli. — Quanto ai figli assenti, il solo mezzo di schivare l' arbitrio si è, di allontanare la supposizione e le congetture che ciascuno potrebbe fare , e tenersi rigorosamente a quelle elevate dal Codice a principî legali. Così finchè non vi sia stata dichiarazione di assenza, il figlio si reputerà vivente; dichiarata l'assenza, si stimerà morto nel giorno della sua scomparsa, o delle sue ultime nuove; ma quando si avrà una qualsia certezza , distrutto ciò che erasi fatto sopra semplici supposizioni, si rimetteranno le cose secondo i fatti noti (*ibid.*).

Del resto affin di rendere irrevocabile la donazione, non basterebbe che un figlio, o discendente legittimo del donante, fosse concepito quando si fa la donazione ; la legge vuol formalmente che sia nato al presente (art. 961 (886)).

La causa di revoca che qui studiamo non si applica solo alle donazioni ordinarie, ma anche a quelle in contemplazione del matrimonio, val dire fatte nel contratto di matrimonio da terzi, in vantaggio dei coniugi o di uno di loro. Ma essa non riguarda le donazioni fatte fra coniugi sia durante il matrimonio o nel contratto nuziale. Differisce dunque doppiamente in questo dalla revoca per ingratitudine del donatario, che riguarda le donazioni che i coniugi si sono fatte nel loro contratto, e non già quelle ad essi fatte da altri. Le ordinarie donazioni o fatte in vantaggio del matrimonio van sottomesse alla revoca anche allorquando sono scambievoli o per rimunerazione ; se i servigi però che la donazione deve ricompensare, sono valutabili in danaro, il donatario avrebbe dritto

ad un ristoro. Quanto alla mutua donazione, cioè fatta per reciprocanza di una altra, la sua revoca, checchè se ne dica, non addurrebbe la nullità della reciproca donazione, perchè il donante non può essere spinto alla donazione dall'altra che a sua volta riceve ; la donazione ha per unica causa il desiderio di conferire un beneficio. Che se i giudici riconoscessero in fatto che le due alienazioni sono state fatte l'una a causa dell'altra, non vi sarebbero più due donazioni ma un solo contratto a titolo oneroso , una permuta di cui le due parti dovrebbero essere mantenute (art. 960 (885)).

Vediamo intanto per quali circostanze si operi la revoca. Essa risulta dalla nascita di un fanciullo o discendente legittimo, cioè concepito in legittimo matrimonio, purchè nato vitale. Ma risulterebbe essa dalla nascita di un fanciullo concepito in matrimonio putativo? Non è dubbia l'affermativa , quando la buona fede costituente il matrimonio putativo, sia esistita nello sposo che ha fatto la donazione; non è del pari quando tal buona fede non è stata nell'altro sposo. Allora infatti la finzione di legittimità esiste sempre per il fanciullo che ben può dirsi figlio legittimo, e avere l'autore di cattiva fede per autore legittimo; ma tal finzione non esiste per l'autore il quale non può credersi padre legittimo , nè avere un figlio legittimo. La revoca. quantunque stabilita in considerazione del fanciullo, non è concessa che al donatore; ed è solo possibile quando questi può dire essergli sopravvenuto un figlio legittimo ; or qui egli non può dirlo, non esistendo per lui la finzione di una filiazione legittima. La revoca risulta pure dalla legittimazione di un figlio naturale, purchè, come si è detto , non sia nato al tempo della donazione. Si è visto più sopra come la donazione sarebbe del pari rivocata dalla adozione. E lo sarebbe anche dal rientrare nella vita civile di un figlio morto civilmente quando si fa la donazione; perchè il donante essendo senza figlio legittimo quando ha donato, e avendone oggi uno legittimo, non può negare che un figlio legittimo gli sia sopravvenuto. In u[l]timo il ritorno dell'unico figlio nell'asse[nza] del quale si è fatta la donazione prova c[he] il figlio non era morto; la donazione n[on] è dunque stata fatta senza figlio viven[te] e perciò non può essere rivocata (art. 96[...] (885)).

Nella sopravvenienza del figlio, e diff[e]rentemente di quel che avviene in caso [di] inesecuzione o d'ingratitudine, la revo[ca] della donazione avviene di pieno dritto *ipso facto*, e senza che il magistrato la pronunc[i]. Essendo tal donazione non annullabile, m[a] immediatamente nulla, e ridotta al niente essa non potrebbe esser confermata *di po[i]* nè per espressa ratifica , nè per *rinunzia* all'azione di reclamo, nè pel silenzio durato un tempo più o meno lungo: potrebbe solo il disponente fare una nuova donazione della cosa (art. 964 (889)). E se il donante compita la revoca non può utilmente rinunziare all' azione di recupera, non può del pari rinunziare prima alla revoca ; qualunque dichiarazione a tal riguardo sarebbe inutile. Quand'anche il disponente facendo la sua donazione nel contratto di matrimonio del donatario, avesse garentito la esecuzione di un tal contratto, e dichiarato che intende lasciare i beni sottomessi all'ipoteca legale della moglie. non ostante il caso di revoca , la revoca non annullerebbe l'ipoteca (art. 963, 965 (888. 890)) ; ma se il silenzio del donante e dei suoi rappresentanti , lungo che si voglia, non può mai render valida la donazione, potrebbe bensì fare acquistare la cosa al donatario colla prescrizione. La quale in tal caso , invece di correre dal giorno in cui l'avente-dritto ha potuto agire, cioè dal giorno stesso della revoca. corre dal giorno della nascita dell'ultimo figlio del donante , e invece di compirsi in dieci o venti anni in profitto dei terzi acquirenti. si compie in trenta anni, tanto per essi, che pel donatario. I frutti sono dovuti dal possessore a contar solo dalla notifica regolare a lui fatta della nascita o legittimazione del figlio (articolo 966 (891)).

SEZIONE II.

DONAZIONI FATTE IN VANTAGGIO DEL MATRIMONIO

XLVII. — Per donazioni in vantaggio del atrimonio s'intendono quelle fatte in un ntratto ai futuri coniugi da' terzi.

La donazione per contratto di matrimoo può farsi 1° non solo come ordinaria onazione di beni presenti, ma 2° coie donazione di beni futuri, cioè quano ha per oggetto i beni considerati in uanto esisteranno alla morte del dispoiente; 3° come donazione cumulativa di ieni presenti e futuri; e 4° come donaione di beni presenti senza l'applicazione ella regola *donare e ritenere non vale*, ioè sotto condizioni che dipendano dalla olontà del donante.

1° *Donazione di beni presenti*. Quando inche essa sia fatta come semplice donazione ordinaria; la donazione dei terzi ai futuri coniugi per contratto di matrimonio è sottratta a tre delle regole cennate nella precedente sezione: 1° essa non ha bisogno di essere accettata in termini formali art. 1087 (1042)). 2° è sottomessa semre alla tacita condizione che il matrimoio abbia effetto (articolo 1088 (1043)); 3° non è da revocarsi per ingratitudine del donatario (art. 959 (884)). Queste tre eccezioni al dritto comune, esistono pure per le altre donazioni di cui parleremo in questa sezione (gli stessi articoli). Per il dippiù la nostra donazione segue tutte le regole ordinarie (art. 1081 (1037)). Per esempio, essa non potrebbe farsi a persone non ancor concepite, nè quindi a figli da nascere da un futuro matrimonio, salvo i casi nei quali la facoltà di disporre (in secondo ordine) per persone non ancor concepite, esista in ogni liberalità, come vedremo spiegando la materia delle sostituzioni.

2° *Donazioni dei beni futuri*. Ogni persona purchè sia capace di donare può nel contratto di matrimonio di due futuri coniugi, dare dalle sostanze che lascerà alla sua morte, all'uno o ad entrambi, sì il totale, che una porzione aliquota, sia a tale o tal cosa determinata (art. 1082 (1038)). Questa donazione di beni futuri così fatta all'uno dei coniugi futuri o ad entrambi, può anche (ma solo nel caso in cui i donatari morissero pria del donante) estendersi ai figli e discendenti da nascere dal matrimonio, i quali sono anche donatari in secondo ordine sotto la condizione della premorienza dei principali donatari. Più tal chiamata dei figli e discendenti, si presume di pieno dritto nel silenzio del donante. Ma se tal donante dichiarasse espressamente voler donare soltanto ai fidanzati, ed escluderne i loro figli, la presunzione non sarebbe più possibile: si è ben detto, innanzi il Corpo legislativo, la legale presunzione applicarsi solo « allorchè i donanti non hanno previsto il caso della loro sopravvivenza ». Ma questa chiamata di figli non concepiti, sia formale, sia presunta, essendo una eccezione al dritto comune, e non permessa o stabilita che solo per la sopravvivenza del donante al principale donatario, non potrebbe ella applicarsi ad alcun altro caso, nè, per esempio, alla rinunzia della donazione, che farebbe il donatario sopravvivendo al donante (articolo 1082 (1038)).

Più il Codice chiamando qui in mancanza di padre e madre, i figli ed altri discendenti, come se si trattasse d'una successione, intende con evidenza applicare a tal caso le regole analoghe a quelle della successione, specialmente in ciò che riguarda la rappresentazione.

La donazione così fatta dei beni che si lasceranno alla morte, toglie al donante la facoltà di disporre ulteriormente a titolo gratuito, tranne di cose di poco valore, dei beni compresi nella liberalità. Ma il donante si riserba il dritto di disporne, *come egli vuole* a titolo oneroso; ed ei non potrebbe (intanto che la sua liberalità è una vera donazione di beni futuri e non

sarebbe già donazione di beni presenti e futuri) interdirsi con una clausola formale la facoltà di alienare, od ipotecare tutto o porzione dei suoi beni.

Una tal convenzione allontanandosi dalle regole eccezionali che noi qui spieghiamo, cadrebbe sotto il principio generale che vieta ogni stipulazione sulle successioni di persone ancor viventi (articolo 1083 (1039)).

Tal donazione di beni futuri è quella che un tempo, e spesso anche oggi chiamasi col nome di *istituzione contrattuale*; ma questo nome che conveniagli un tempo (poichè era dessa davvero *una istituzione* di erede fatta per *contratto*) è oggi poco esatta, poichè non si creano più eredi, nè per contratto, nè per testamento. Dal principio che i donatari di beni futuri non sono eredi, ma semplici donatari, conseguita che nel caso stesso in cui fossero chiamati all'universalità del patrimonio, non sarebbero tenuti a pagare i debiti del defunto donante che fino alla concorrenza dei beni e non *ultra vires* (articolo 1082 (1038)).

Oltre alle tre eccezioni comuni a tutte le donazioni della nostra sezione (1° dispensa da accettazione espressa; 2° tacita condizione del matrimonio; 3° dispensa della revoca per ingratitudine); 4° e di quella, che consiste nella chiamata dei discendenti da nascere dal matrimonio: la donazione dei beni futuri ne presenta anche altri due: 5° non ha bisogno d' esser trascritta, 6° diventa caduca per la sopravvivenza del donante al donatario o ai donatari (*ibid.*).

3° *Donazioni cumulative di beni presenti e futuri*. Non trattasi, come si è detto qualche volta, dell'unione di due donazioni, l'una di beni presenti, l'altra di futuri; ma d'una donazione unica, avente per oggetto in uno, e i beni attuali riguardati come beni presenti, e tutti i beni che esisteranno alla morte del disponente, la quale donazione al momento della morte riguarderà definitivamente o gli uni o gli altri, secondo la scelta che farà il donatario. In due parole è questa una donazione di beni futuri contenente la facoltà per il donat[ario] di trasformarla alla morte del donant[e in] donazione ordinaria dei beni che esi[ste]vano nel giorno del contratto (art. 10[84], 1085 (1040, 1041)).

È una donazione di beni futuri e [può] estendersi e si estende di pieno drit[to,] tacendo il donante, ai figli da nascere [dal] matrimonio. Di conseguenza, se il dona[ta]rio l'accetta come tale alla morte del d[o]nante, è obbligato rispettare le alienazi[oni] fatte a titolo oneroso, e quelle a titolo gr[a]tuito per modici valori. Se al contrario [il] donatario al punto della sua morte dichia[ra] di limitarsi a' beni che esistevano nel m[o]mento della donazione, la disposizione diventa ordinaria donazione, e il donatario può impugnare le alienazioni fatte anche a titolo oneroso, dei beni che esistevano al tempo del contratto; purchè abbia cura di far trascrivere; poichè una liberalità si può opporre ai terzi come donazione ordinaria, col mezzo della trascrizione. Più bisogna che si inserisca nell'atto o vi si annetta lo stato dei debiti di cui il donante era gravato nel momento della donazione; purchè il donatario prenda i beni esistenti nel giorno della donazione pagandone i debiti che li scemavano. Dichiara la legge che in mancanza di questo stato, la disposizione resta donazione di beni futuri, e dovrà essere per l'intero accettata o rinunziata. Più in alcun caso il donatario non potrebbe credersi investito dei beni presenti dal giorno della donazione, poichè se la disposizione contiene virtualmente una donazione di beni presenti, è sotto una condizione sospensiva da adempirsi dopo la morte del donante (*ibid.*).

La donazione di beni presenti e futuri, salvo quel che abbiamo detto riguardo alla prescrizione, presenta le sei eccezioni al dritto comune da noi cennate per la semplice donazione di beni futuri (*ibid.*).

4° *Donazioni fatte sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante*. La donazione per contratto di matrimonio, quand' anche riguardi i beni presenti non va sottoposta alla regola *dare e ritenere non*

le, essa può farsi a qualunque condizione, sospensiva, risolutiva, dipendente la volontà del donante. Se questa donazione è fatta a condizione di pagare i biti che il donante potrà lasciare alla morte, o di soddisfare altri obblighi egli è padrone di creare o di accrescere a suo talento, non sarà per questo la donazione meno valida e il donatario ne avrà il beneficio se acconsente a soddisfarne i debiti, o gli obblighi. È del pari, se il donante spogliandosene al presente si è riservata la facoltà di ulteriormente disporre di tutto o di una porzione dei beni donati, o di una somma da prendere su questi beni, la donazione sarà valida, ed i beni per i quali il donante non ha usato del suo dritto di disporre, resteranno o al donatario se il donante è premorto, o agli eredi nel contrario caso (art. 1086 T)).

Quando la condizione, potestativa pel donante, a cui si è sottoposta la donazione di beni presenti, è sospensiva di modo che la donazione resta incerta, e non dà altro al donatario che una semplice speranza fino alla morte del donante, allora, uguagliandosi la disposizione alla donazione di beni futuri, la legge permette e presume anche la chiamata sussidiaria del discendente da nascere dal matrimonio; e per medesimezza di ragione, è dichiarata caduca la donazione, se il donatario e i suoi figli nati dal matrimonio premuoiano al donante. Non sarebbe del pari, se la condizione che lascia in sospeso l'effetto della donazione si compisse pria della morte del donatario, poichè allora costui sarebbe stato investito del dritto, e avrebbe visto, pria di morire, diventar pura e semplice la sua donazione. Che se la condizione che dipende dalla volontà del donante è risolutiva, di modo che la donazione è stata fatta puramente, ma da risolversi allo avvenimento della condizione, la premorienza del donatario non renderà caduca la donazione, poichè quegli sarà stato subito investito, nè al tempo della chiamata dei figli nati dal matrimonio come donatari in secondo ordine (il loro autore essendo morto investito del dritto) potranno essi domandare i beni come donatari, nè possono prenderli che come eredi (*ibid.*).

La donazione così eseguita non deroga alla regola *dare e ritenere non vale*; essendo donazione tra vivi di beni presenti, resta sottoposta alla necessità della trascrizione.

SEZIONE III.

DONAZIONI FRA SPOSI.

XLVIII.—Le donazioni fatte da due sposi l'uno all'altro, seguono regole diverse, secondo che si fanno nel contratto di matrimonio o durante il matrimonio.

Donazioni tra sposi nel contratto di matrimonio. I futuri coniugi possono farsi nel loro contratto le quattro sorta di donazioni di cui si è parlato nella precedente sezione (art. 1091 (1046)), e tali donazioni seguono in tutto le stesse regole, salvo le tre seguenti modificazioni.

1° Esse sono sempre, come si è visto nel numero XLV, rivocabili per l'ingratitudine del donatario. 2° Non sono rivocabili per sopravvenienza di figli. 3° Mentre la maggior parte delle donazioni sopraddette (quelle di beni futuri, beni presenti e futuri, e beni presenti fatte sotto condizioni sospensive dipendenti dalla volontà del donante) estendonsi di pieno dritto ai figli da nascere premorendo il donatario; queste non estendonsi ad essi, nè possono esser fatte a loro vantaggio, nè anco con una espressa dichiarazione; la premorienza del donatario le farà sempre caduche (art. 1092 (1047)).

Del resto, ogni minore capace di contrarre matrimonio è anche per questo dichiarato capace di fare al suo futuro coniuge tutte le donazioni che vorrà. Deve solo essere assistito da coloro il cui consenso è necessario pel suo matrimonio (articolo 1095 (1049)).

Donazioni fatte tra sposi durante il matrimonio. Tali donazioni a causa del grande scambievole ascendente degli sposi, sono dichiarate dalla legge rivocabili a talento del disponente, non ostante ogni clausola contraria, e la revoca può esserne fatta dalla moglie senza bisogno alcuno di autorizzazione (art. 1096 (1050)). Ma quantunque si ravvicinino ai testamenti sotto tale aspetto, non sono meno donazioni tra vivi, e restano sottoposte a tutte le generali regole alle quali un testo speciale non le sottrae. Per esempio tali donazioni debbonsi accettare in termini espliciti; non possono esser fatte da un minore quando anche abbia più di sedici anni (sebbene potesse testare); non possono ridursi che dopo i legati *(ibid.)*. La legge non si spiega sui modi di revoca di questa donazione. Ma siccome una donazione non può con più facilità del testamento essere revocata, è naturale che i modi di revoca che indicheremo più tardi per il testamento sieno i soli da ammettersi per la donazione di cui trattasi.

Queste donazioni come quelle che si fanno nel contratto di matrimonio, possono essere di beni futuri, o di beni presenti e futuri, o fatte con condizioni dipendenti dalla volontà del donante. Ma non possono estendersi mai ai figli non ancor concepiti, e restano sottoposte al principio che può donarsi solo alle persone che esistono (*ibid.*).

Quand'anco sia di beni presenti, la donazione fatta tra sposi durante il matrimonio, deve dichiararsi caduca per la premorienza del donatario, benchè la legge ciò non spiega. Era così altra volta, e il Codice che fa una espressa disposizione per rigettare tale caducità, nel caso in cui lo sposo ha donato per contratto di matrimonio, e in cui la donazione è irrevocabile, non avrebbe di certo mancato, se avesse inteso qui rigettarla ugualmente, di spiegarsene positivamente: sarebbe stato indispensabile parlarne in questo secondo caso, e il silenzio della legge è qui assai significativo (*ibid.*).

Anche perchè la donazione di cui trattasi è sempre rivocabile a piacere del disponente, la legge dichiara che non sia revocata dalla sopravvenienza di figli (*ibid.*).

Osserviamo da ultimo che due sposi non possono farsi durante il matrimonio una mutua donazione in uno stesso atto; per la ragione stessa che s'indicherà nel numero 2 pei testamenti (art. 1097 (1051)).

CAPITOLO TERZO

DEI TESTAMENTI

XLIX. — Il testamento è un atto essenzialmente revocabile, con cui una persona dispone per il tempo in cui più non sarà, di tutto o di parte dei suoi beni; di modo che quest'atto in vita del testatore altro non è che il progetto di una disposizione che si perfeziona solo alla morte di lui (art. 895 (815)).

Il testamento, quali che sieno e per quanto estesi i dritti che può attribuire, oggi difformemente da quel che avveniva in Roma, e nei paesi di dritto scritto, non può mai fare altro che legati; sotto il Codice non vi sono più eredi nè per testamento, nè per contratto; la volontà *dell'uomo non* può fare che donatari o *legatari*. Ma il Codice nel bandire tal principio, non volle esser severo quanto alcune consuetudini che annullavano i testamenti fatti sotto i termini d'*istituzione di erede*; oggi la disposizione varrebbe sempre come legato, quali che fossero i termini usati dal testatore (art. 1002 (928)).

In questo capitolo noi tratteremo 1° della forma dei testamenti; 2° delle varie specie di legati e dei loro effetti; 3° della revoca dei legati, e della loro caducità; 4° in fine degli esecutori testamentari.

SEZIONE PRIMA

DELLA FORMA DEI TESTAMENTI

L. — Le regole intorno alla forma dei testamenti son varie secondo che questi sono; ordinari, ovvero permessi per eccezione, e per alcune peculiari circostanze; essendo comune a tutti i casi, che le varie regole indicate son sempre richieste a pena di nullità (art. 1001 (927 M)).

Altra regola che similmente si applica a tutti i casi, e che deriva dalla rivocabilità che è di essenza nel testamento si è, che più persone non possono far testamento in un solo atto.

Siccome le disposizioni fatte da più persone in un medesimo atto, si fanno generalmente in considerazione l' una dell' altra, e per una convenzione almeno tacita fra i disponenti, così sarebbesi autorizzata la contravvenzione alla fede promessa, permettendo ad uno dei disponenti la revoca ad insaputa degli altri; e d'altra parte, sarebbesi disconosciuta l'indole del testamento, imponendo qualunque condizione alla revoca (art. 968 (893)).

§ 1. — *Regole dei testamenti ordinari.*

LI. — La legge ammette tre sorta di testamenti: l'olografo, il pubblico, e il mistico.

Testamento olografo. — È quello che il testatore fa da sè solo senza nè testimonî, nè ufficiale pubblico. Per esser valido son necessarie tre condizioni.

Bisogna prima essere scritto per intero dalla mano del testatore; una sola parola di mano estranea che facesse parte del testamento, lo renderebbe nullo. — È necessario poi essere datato di mano del testatore. Per *data* deesi intendere l'indicazione dell' anno, del mese e del giorno in cui l'atto è fatto; così chiedevasi nel nostro antico dritto, e così è intera la data degli atti. Quindi ci allontaneremmo dalla mente della legge, e getteremmo nell'arbitrio, chiedendo la indicazione dell'ora, ovvero del solo mese. Non basterebbe una data incompleta o inesatta. Se non che il testamento dovrebbe essere mantenuto se la data potesse completarsi, o rettificarsi colle circostanze dell'atto stesso; perchè allora la vera data sarebbe apprestata dal testamento. Del resto non importa in qual luogo essa sia posta, purchè si attacchi a tutto intero il testamento; se fosse dimostro in fatto che la data si applica solo a una parte, sarebbe nulla la parte senza data. — Il testamento infine dev'essere sottoscritto. E siccome la firma di una persona (*signum*) altro non è che il mezzo onde a piè degli atti si manifesta la propria identità, si dee ritenere come valida sottoscrizione, quella qualunque maniera che alcuno era uso d'impiegare negli atti civili (art. 970 (895)).

Nessun altra condizione vuolsi per il testamento olografo, e quindi può farsi in una lettera missiva, o in altro modo. Se non che fa d'uopo esaminare in fatto, se l'autore della lettera abbia voluto semplicemente annunziare un testamento che fa, o è per fare, o se la lettera stessa costituisca un testamento.

LII. — *Testamento pubblico.* — Dev' essere ricevuto da due notari alla presenza di due testimonî, o da un notaro alla presenza di quattro testimonî (art. 971 (896)).

Il testamento dev' essere dettato dallo stesso testatore. Il notaro o uno dei due di persona, deve scriverlo sotto la dettatura, non potendo nè togliere, nè aggiungere, tranne le modificazioni richieste nella scelta od ordinamento delle parole, dalle regole o convenienze dell' idioma. Scritto che è l'atto, devesi farne lettura al testatore alla presenza dei testimonî, acciocchè sia raccertato da tutti, che il notaio

abbia fedelmente scritto il pensiero del disponente.

Il notaro deve far menzione di aver compito le formalità, in maniera che la lettura dell' atto non lasci intorno a ciò alcun dubbio : se il contesto di un testamento pubblico faccia dubitare che alcuna delle forme non siesi adempiuta, sarebbe per ciò nullo il testamento, quantunque poi fosse provato che la formalità è stata realmente adempita (art. 972 (897)).

L'atto dev' essere sottoscritto dal testatore se egli lo può, nel qual caso la mancanza di sottoscrizione farebbe sempre che l'atto non esistesse; ma la menzione della sottoscrizione è richiesta oggi come altra volta. — Se il testatore non può firmare, il notaro deve far menzione, e della dichiarazione del testatore sul proposito, e della causa che ne lo impedisce. Quando poi il notaro fa menzione che il testatore abbia dichiarato di non sapere scrivere, la causa dell'impedimento è con ciò indicata (art. 973 (899 M)).

Tutti i testimonî debbono sottoscrivere, tranne che l' atto non sia ricevuto in un comune che non sia una città, e non abbia una popolazione abbastanza numerosa e compatta, da trovarvisi facilmente molti che sappiano scrivere ; in questo caso si vuole la sottoscrizione di metà dei testimonî (art. 974 (900 M)).

Sono incapaci di esser testimonî nel testamento pubblico: 1° i legatarî, 2° i parenti ed affini di essi fino al quarto grado inclusivamente, compresovi necessariamente il coniuge che è il primo affine; 3° da ultimo gli scritturali del notaro o dei notarî. È necessario inoltre che i testimonî (ciò vuolsi anche pel mistico) sieno Francesi, maschi, maggiori, e che godano dei dritti civili. Non si potrebbero prendere per testimonî quelli che per esser sordi, o per altro vizio non potessero fisicamente compiere l' ufficio confidato loro dalla legge (art. 975 (901)).

Il testamento pubblico, perchè atto notarile, va soggetto in generale alle regole richieste per tutti gli atti notarili dalla legge di ventoso anno XI sulla organica del notariato; al qual principio si fa solo e cezione in quei punti che sono speci mente regolati dal Codice: *specialia gen ralibus derogant*. Così si applicherà la le ge di ventoso per ciò che riguarda al sottoscrizione, e alle cause d' incapaci del notaro o dei notari di cui non parl il Codice; ma non si applicherà per le qua lità che debbono avere i testimonî del te stamento pubblico, essendosi dal Codic fatto per essi un completo sistema, come vedremo (*ibid.*).

Importante è un' altra osservazione per il testatore che non parlerebbe il france se. Allora si potrebbe conciliare il dove re del notaro (che deve compilare *tutti gli* atti in francese) colle regole indicate, *trovandosi* prima un notaro e testimoni che sappiano la lingua del testatore, compilandosi l'atto in francese, e nella lingua del testatore, e facendone poi lettura in questa lingua di cui il testo sarebbe come garenzia della fedeltà dell' altro (articolo 972 (897)).

LIII. — *Testamento mistico.* — *Si compone* di due parti : la scrittura *che* contiene le volontà del defunto, e il verbale che raccerta di essersi adempite le formalità richieste onde provarsi la identità della scrittura, prevenendo qualunque alterazione o sostituzione (art. 976 (902)).

L' atto che contiene la manifestazione delle volontà può scriversi da chicchessia, purchè il testatore lo sottoscriva se può. — Il testatore deve poi chiudere e suggellare, o far chiudere e suggellare, o la carta che contiene lo scritto, o l'involucro *in cui* è stata posta. Chiusa così, e sigillata la scrittura, o mentr'egli la fa chiudere e sigillare, il testatore deve presentarla a un notaro e a sei testimonî, dichiarando esser quello il suo testamento scritto e *sottoscritto* da lui, o scritto da altri *e sottoscritto* da lui secondo i casi (*ibid.*).

Affin di raccertare la presentazione e la dichiarazione, il notaro stende di sua mano un verbale, che chiamasi *atto di soprascrizione*, perchè scritto sulla carta che è stata chiusa e suggellata, e non sopra una minuta separata.

Quest'atto dev'essere sottoscritto dal te-
.ore, dal notaro, e da sei testimoni, non
endovi in questo testamento, come pel
blico, dispensa per le campagne, e non
endo un secondo notaro far le veci di
: testimoni. Se lo stesso testatore per un
edimento sopravvenuto dopo aver fir-
to la scrittura intera, non potesse fir-
re la soprascrizione, basterebbe la di-
arazione fatta da lui, e di cui il no-
o dovrebbe far menzione. Quando il te-
tore non abbia potuto firmare la scrit-
ra del testamento, dev' essere chiamato
ll' atto di soprascrizione un settimo te-
imone che possa firmare come gli altri
i, e farsi menzione della causa per cui
è chiamato (art. 976 e 977 (902 e
03)).

Tutte le formalità che si riferiscono alla
resentazione della scrittura, e alla com-
ilazione del verbale di soprascrizione,
ebbono farsi in continuazione, cioè senza
ccuparsi di altri affari, e senza altro in-
ervallo tranne quelli necessarî per la sa-
ute delle persone (art. 976 (902)).

Essendo atto notarile la soprascritta del
estamento pubblico, nè il Codice avendo
eterminato alcuna incapacità relativa pei
estimonî chiamati a quell'atto (che vuole
ieno Francesi, maschi, godenti dei dritti
ivili) deesi seguire la legge di ventoso
nno XI, ed escludere dal far da testi-
noni i parenti, affini, scritturali, e servi-
ori del notaro e del testatore (*ibid.*).

Coloro che non possono leggere, nè po-
rebbero quindi conoscere da sè il conte-
nuto della scrittura che avrebbero fatto ese-
guire, non possono fare un testamento misti-
co. A colui che non può parlare, ma che
sa scrivere, è permesso dalla legge di fare
il testamento mistico attestando in iscritto
nell'atto di soprascrizione, che la carta che
egli presenta contenga il suo testamento;
ma la legge vuole dippiù che il testamento
sia allora scritto per intero, datato e sot-
toscritto da lui, e che il notaro faccia men-
zione che l'attestazione apposta nella so-
prascrizione sia stata scritta dal testatore.

Si noti che l'atto che contiene la volon-
tà, essendo scritto così per intero, datato
e sottoscritto dal testatore, costituisce per
se stesso un testamento olografo; cotalchè
la nullità della soprascrizione renderebbe
nullo il testamento come mistico, ma la-
scerebbe sussistere un atto che abbia tutti
i caratteri del testamento olografo, e va-
lido quindi come tale (art. 978, 979 (904,
905)).

N. B. I testamenti mistici, od olografi,
non possono alla morte del testatore ese-
guirsi, se non previe alcune formalità:

1° Il testamento dev' essere presentato
al presidente del tribunale del diparti-
mento in cui la successione sia aperta;

2° È aperto dal presidente che stende
un verbale in cui descrivesi lo stato del-
l'atto;

3° È deposto fra le minute del notaro
che è indicato dall'ordinanza del presidente.

Essendo mistico il testamento, si devono
chiamare alla sua apertura quei notari e
testimonî che han firmato la soprascrizio-
ne, se fossero ancora viventi e sulla fac-
cia dei luoghi (art. 1007 (933 M)).

§ 2. — *Regole particolari ai testamenti privilegiati.*

LIV. — Sono stabilite dalla legge alcune
regole speciali e di favore richieste dalle
circostanze 1° pei testamenti militari, 2°
per quelli fatti in un luogo in cui vi è
contagio, 3° pei testamenti fatti in mare,
4° in fine per quelli che un Francese fa
n paesi forestieri.

Testamento militare.

Questo testamento è solo permesso ai sol-
dati e a quelli che seguono l'esercito per
commissione del Governo, che trovansi di
presente in una spedizione, nel quartiere
o in guarnigione, fuori del territorio o in
un punto del territorio in cui le comuni-
cazioni sono interrotte dalla guerra. Esso
può esser ricevuto 1° da un capo di bat-
taglione, o di squadrone, o di altro uffi-
ciale superiore, presenti due testimonî;

2° da un sottintendente militare, ed anche in presenza di due testimoni, 3° da due sottintendenti: 4° finalmente quando il testatore trovasi in uno ospizio come ammalato, o ferito, dall'ufficiale di salute in capo, presente il comandante militare dell'ospizio. Tal testamento è nullo dopo sei mesi, a contare dal momento in cui il testatore ha perduto il dritto di testare militarmente, e ha potuto fare un testamento ordinario (art. 981, 984 (907 M, 910)).

2. *Testamento fatto in tempo di peste.*

Allorchè a causa del contagio le comunicazioni sono rotte con un paese, tutti gli individui che quivi trovansi possono fare stendere il loro testamento dal giudice di pace, o dal suo supplente, o dal sindaco o aggiunti del loro comune, presenti due testimoni. Tal testamento, come il precedente, resta valido durante sei mesi, a contare dal giorno in cui il suo autore ha perduto il dritto di farlo, e ha potuto testare nell'ordinaria forma (art. 985, 987 (911, 913)).

3. *Testamento fatto sopra mare.*

LV. — Il testamento fatto in un viaggio per mare purchè non sia in un momento in cui una nave approda in terra (francese o straniera) in cui troverebbesi un ufficiale pubblico francese che abbia l'ufficio di ricevere i testamenti, può essere ricevuto: su' bastimenti dello stato, dall'ufficiale che comanda in capo in presenza dell'ufficiale dell'amministrazione, e sui bastimenti di commercio, dallo scrivano della nave assistito dal capitano, e in tutti i casi in presenza di due testimoni. In caso d'impedimento di tali individui, e specialmente se il loro testamento devesi ricevere, il dritto passa a coloro che sono incaricati di sostituirli nel servizio (art. 988, 989 (914, 915)).

L'atto deve farsi in doppio originale. Se il bastimento approda in un porto straniero in cui trovasi un console di Francia, gli si dà uno dei duplicati suggellato, o altrimenti chiuso, che egli fa giungere al ministro della marina. Questi fa farne il deposito all'ufficio della giustizia di pace nel domicilio del testatore. Tornato in Francia il bastimento, li due originali, o quello che resta, son consegnati all'ufficio del preposto all'iscrizione marittima, che fa giungerli al ministro della marina, purchè il deposito sia eseguito come si è detto.

Della consegna così fatta al console o al preposto, deve farsi menzione sul ruolo del bastimento al margine del nome del testatore. Del resto le regole da noi indicate, che mirano a garentire la conservazione materiale del testamento, non interessandosi per nulla della perfezione dell'atto, non sono come le altre regole della nostra sezione, da eseguirsi a pena di nullità (articolo 990, 992 (916, 918 M)).

Il testamento marittimo cessa di esser valido, passati tre mesi, dacchè il testatore ha perduto il diritto di testare in tal modo, e ha potuto fare un ordinario testamento (art. 996 (922)). In ogni testamento fatto sopra mare, quand'anche non fatto nella forma speciale di cui si è parlato, ma in modo olografo, il Codice riproducendo le regole del nostro antico dritto, dichiara nullo il legato fatto in favore di un uffiziale del bastimento, a meno che questi non fosse parente del testatore, fino al dodicesimo grado inclusivamente (art. 997 (923)).

LVI. — Ognuno dei tre cennati testamenti deve essere firmato dal testatore, se non è impedito, da uno almeno dei due testimoni, o da coloro che han ricevuto l'atto; non firmando il testatore, dee dichiarare il suo impedimento, e l'uffiziale compilatore far menzione della sua dichiarazione, e della cagione dell'impedimento. Se l'uno dei testimoni non firma, l'ufficiale deve pure annunziare l'impedimento e la sua causa (art. 998 (924)).

Dal Codice prescrivendosi per i casi eccezionali, di cui si è trattato, un sistema compito e indipendente dalle regole ordinarie, devono applicarsi a questi casi eccezionali le regole da noi indicate, e particolarmente gli ufficiali speciali eletti per queste circostanze non possono procedere in altro modo di quello da noi detto, nè possono ricevere un testamento mistico. Quanto al testamento olografo, gli è chiaro po-

rsi far sempre all' armata, in tempo di ste, o sopra un bastimento; ma non me testamento privilegiato, bensì come dinario, e secondo le regole generali bid.).

LVII. — *Testamento fatto in paese forestiere.*

Oltre il testamento che il Francese può re in paese forestiere colle forme volute lla legge del luogo, secondo la regola cus regit actum (1), il Francese può fare n testamento olografo in qualunque luogo i trovi, e quand'anco la legge del paese on ammetta quella tal forma di testamento. l Codice allontanandosi in questo dagli anichi principî, ha formato di tal regola uno tatuto personale che segue il Francese ounque (art. 999 (925)).

Oltre la forma olografa, e le forme ammesse nel paese in cui egli si trova, può il Francese, anche nei paesi stranieri, far ricevere il suo testamento come atto autentico (secondo le forme francesi) dal cancelliere del consolato francese. Infatti molte leggi, specialmente l'ordinanza del 3 marzo 1781, formanti regole di dritto pubblico, e che non sono state abrogate dal Codice, attribuiscono ai cancellieri del consolato gli uffici di notaro in faccia ai Francesi che a loro si dirigono (*ibid.*). Ogni testamento fatto in paese straniero può essere eseguito su' beni di Francia dopo essere stato registrato all'ufficio del domicilio del testatore, ed oltre a ciò, quando trattasi d'immobili, all'ufficio del luogo ove essi sono siti (art. 1000 (926)).

SEZIONE II.

DELLE DIVERSE SPECIE DI LEGATI

LVIII.—Distinguonsi tre sorta di legai, il legato universale, il legato a titolo universale, il legato particolare.

Del legato universale.

Il legato universale è quello che dà il drito, almeno eventualmente, all'universalità lei beni del testatore. Legando io tutto ciò che lascerò di beni disponibili, fo un legato universale; potendo il totale del mio patrimonio esser disponibile alla mia more. È pur lo stesso del legato col quale lò a Pietro tutti i miei beni, quantunque eghi tali o tali beni particolari ad altri ndividui; potendo costoro non venire. In breve, essendo possibile ottenere l'univeralità dei beni, il legato è universale. Bisogna però che vi sia la chiamata all' universalità, cioè a tutti insieme i beni considerati in massa, e come unità.

Il legato che darebbe questa cosa, e poi altra, e poi altra, sarebbe sempre un legato particolare, quand'anche nominasse mano mano tutti i beni del testatore (articolo 1003 (929 M)).

Quando il testatore che ha fatto un legato universale, lasci eredi riservatarî che accettano la sua eredità, questi hanno il possesso legale, non solo della loro riserva, ma dell'intera successione, ed il legatario universale deve ad essi dirigersi per avere la frazione di cui è proprietario. Pur nondimeno, e quantunque l'erede sia così divenuto il solo possessore dei beni sino al rilascio, la legge (a non privare il legatario universale dei pecuniari vantaggi legati al titolo d'erede, cui ne toglie gli onori) dà a questo legatario, dal giorno della morte, i frutti della porzione dei beni che a lui appartengono. Ma bisogna a tal uopo ch'ei chieda il rilascio nell'anno della morte, altrimenti i frutti non gli sarebbero dovuti, che dal giorno in cui il rilascio fosse stato giudiziariamente chiesto, o volontariamente accordato (art. 1004, 1005 (930, 931 MM)). Non essendovi eredi *riservatari*, il legatario universale è inve-

(1) Dal testare che può il Francese in paese straniero secondo le forme del paese, non bisogna conchiuderne, che ei potrebbe contro il divieto della legge fare un testamento congiuntivo. Ogni regola, sia permissiva, sia proibitiva, portata su questo punto, è più d' una semplice quistione di forma; d'altronde non ha relazione colle necessità che hanno introdotto il principio: *locus regit actum*.

stito dalla legge di tutti i beni della successione dalla morte del testatore (articolo 1006 (932)). Pure non ostante tal possesso di dritto, quando il testamento è olografo o mistico, il legatario può mettersi in possesso di fatto, adempite che abbia le formalità di sopra cennate (numero LII *in fine*), ed autorizzato a prender possesso da un ordine del presidente del tribunale.

Il patrimonio di un individuo non essendo altro che tutte le sue entrate diminuite di tutte le uscite, il legatario universale nel raccogliere l' intera successione deve soddisfare da sè i pesi ereditari sino alla concorrenza solo dei beni; che se esistano eredi riservatari, ed ei ne raccolga una semplice frazione, deve una frazione proporzionata di debiti. Siccome i legati devono esser soddisfatti non da tutti insieme i beni, ma dalla parte disponibile di essi, il legatario universale è obbligato soddisfarli, poichè s'impossessa di tutto il disponibile. Pur nondimanco allorchè il suo legato viene ridotto, può egli far ridurre proporzionatamente gli altri legati (articolo 1009 (935)).

LIX. — *Del legato a titolo universale.*

Il legato a titolo universale è quello con cui il testatore dispóne o 1° d' una porzione aliquota dell'universalità dei beni, o 2° dell' universalità dei suoi immobili, o 3° dell'universalità dei suoi mobili, o finalmente 4° di una porzione aliquota dell'una o dell'altra di queste universalità (articolo 1010 (964)).

Il legatario a titolo universale non ha mai il possesso dei beni ai quali è chiamato; deve chiederne il rilascio secondo i casi, dagli eredi, o dal legatario universale, o dai successori irregolari, o finalmente dal curatore della eredità giacente. Quanto ai frutti, la benigna disposizione che li attribuisce al legatario universale anche dal giorno della morte, non è per lui riprodotta, e quindi non avrà mai dritto se non che dal giorno del rilascio regolarmente chiesto o accordato all' amichevole (art. 1011, 1005 (965, 931 M)).

Il legatario a titolo universale pa debiti in proporzione della quota dei alla quale è chiamato, e soddisfa i p colari legati, secondo il principio già conosciuto, in proporzione di ciò che quista, non su tutti insieme i beni. sul disponibile. Non sarebbe del pari. il legato a titolo universale fosse d' certa specie di beni, e vi fossero pa colari legati che riguardassero beni co presi in essa specie : il legatario a tolo universale li dovrebbe allora. and per la natura delle cose, in proporzio di quel che egli acquista in quella clas di beni. In tal modo il legatario di tutti gl'immobili soddisferà solo il legato d'una tal casa (art. 1012, 1013 (966, 967)).

LX. — *Dei legati particolari.*

Ogni disposizione testamentaria che non sia nè un legato universale, nè un legato a titolo universale, è un legato particolare. Così l'assegnazione di tutti i mobili e di tutti gl'immobili, o anche di tutti i beni, fatta distintamente e con determinare gli oggetti, è un legato particolare. Tale è la disposizione, fatta anche in massa di tutti gl'immobili di tal natura (tutti i boschi) o di tutti quelli che sono in un tal paese; come tale è del pari ogni disposizione di usufrutto, quand' anche tocchi l'universalità dei beni (art. 1010, numero III (904)).

Il legatario particolare, come il legatario a titolo universale, ha solo dritto ai frutti dal giorno in cui il rilascio è giudiziariamente chiesto, o volontariamente consentito. Ma il dritto ai frutti e agl'interessi esiste a contare dalla morte : 1° quando il testatore abbia espresso la sua volontà intorno a ciò ; 2° quando trattasi di una rendita vitalizia, o d'una pensione legata a titolo di alimenti; e 3° quando il legatario trovavasi già in possesso della cosa, pria della morte del testatore (art. 1014, 1015 (968, 969)).

Oltre all'azione personale che per l'esecuzione dei legati appartiene al legatario contro il debitore, o i vari debitori di un tale legato (e che essendo molti i debitori dividesi in proporzione di ciò che o-

gnuno ha nel disponibile) e oltre quella di rivendica, quando il legato riguarda la proprietà d'un corpo certo, la legge dà al legatario sugl' immobili della successione una azione ipotecaria che per una falsa interpretazione del dritto romano si esercita contro ogni debitore per la totalità del legato. Dippiù il debitore dei legati, sia anche erede puro e semplice, deve soddisfare i legati non già *ultra vires*, ma fino alla concorrenza dei beni disponibili, perchè vi è obbligato non come continuatore del defunto (che non li doveva) ma qual possessore dei beni disponibili (articolo 1017 (971)).

Il legato d'una tal cosa determinata ne abbraccia necessariamente gli accessori; e siccome gli è al momento della morte del testatore che la cosa legata diventa proprietà del legatario, essa gli appartiene nello stato in cui trovasi. Così gli abbellimenti, le piantagioni, i ripari, o aggiunzioni di costruzioni, e tutte le altre migliorie fatte nell'intervallo da quando fu fatto il testamento, alla morte del testatore, gioveranno al legatario. Ma quando sono nuovi immobili acquistati a lato di quello legato, non sono riguardati come accessori del primo, e il Codice li dà al legatario nel solo caso in cui è un ricinto, e che il testatore ha ingrandito le siepi, in modo da formarne un sol ricinto più considerevole. Che se invece di accrescere fabbricati già esistenti, il testatore abbia costrutto su di un terreno dianzi nudo, bisognerebbe distinguere: se il fabbricato sia l'accessorio del terreno (come sarebbe il padiglione d'un giardino, o le fabbriche d' un *podere*) il tutto è compreso nel legato. Ma se la terra, il prato, il giardino, ecc. sono scomparsi, e vi sorge invece il fabbricato, il giardino o altra terra legata, trovansi giuridicamente distrutti, e il legato svanisce come vedremo nella seguente sezione. Secondo gli stessi principî, se al momento della morte l'immobile legato sia ipotecato, il legatario (che non è certamente obbligato a pagare il debito) deve star soggetto alla ipoteca, nè può costringere l'erede a liberare gli immobili innanzi che ne sia venuto il tempo, a meno che il testatore non abbia espressa una contraria volontà (art. 1018, 1020 (972, 974 M)).

Legando il testatore direttamente un corpo che appartiene ad altri, il legato è nullo, senza pur riguardare se il testatore conosceva o no che la cosa non gli appartenesse. Tal nuovo principio dovrà seguirsi per determinare gli effetti del legato col quale il testatore darebbe tutta, o una porzione d'una cosa di cui egli ha una parte indivisa. Cotali effetti saranno diversi: 1° secondo che il testatore ha legato, o l'immobile, o una tal frazione divisa di esso, o solo la porzione indivisa che egli avea al presente in esso immobile: 2° secondo che l'indivisione della cosa sarebbe o no cessata pria della morte del testatore; e 3° finalmente, secondo che, cessata la indivisione, la cosa fosse toccata per intero al testatore, o in parte, o non gli fosse appartenuta affatto (art. 1021 (975)).

Nel legato d'una cosa *in genere*, la scelta, tranne che una dichiarazione contraria non vi sia del testatore, spetta al debitore del legato il quale deve dare una cosa di mezzana qualità (art. 1022 (977)).

Il legato fatto a un creditore gli si può fare in compenso del suo creditore a fin di dargli un nuovo titolo, e forse più vantaggioso; ma tal natura puramente di compenso del legato non deve presumersi, e può solo essere ammessa, allorquando emerge dai termini del testamento (art. 1023 (978)).

I debiti che non gravano su tale o tal proprietà speciale, ma su tutto insieme il patrimonio, non debbono essere soddisfatti dal legatario particolare. Ma gli è evidente che se il testatore, con legati particolari, abbia donato più delle sue entrate, i legati sarebbero nulli fino alla debita concorrenza; perchè l' estinto ha donato realmente ciò che non gli apparteneva; *non sunt bona nisi deducto aere alieno*; *nemo liberalis nisi liberatus*.

LXI. — Secondo il principio del dritto comune che pone le spese del pagamento a carico del debitore, colui che deve

il legato soffrirà le spese del rilascio; ma non applicherebbesi più tal principio in faccia ad eredi riservatari, nel caso in cui il valore riunito delle spese del rilascio e del capitale dei vari legati, sorpassassero la somma del disponibile. Quanto alle spese di mutazione di proprietà, sono naturalmente a peso del legatario. Ma una espressa dichiarazione del testatore può cambia[re] l'una che l'altra regola, purchè la ri[serva] non sia mai tocca (art. 1016 (970)).

Ogni legatario può sempre fare [mo]strare il testamento per la disposizion[e che] lo riguarda, mentre il nostro antico [dritto] ciò non permetteva (*ibid.*).

SEZIONE III.

DELLA REVOCA E DELLA CADUCITÀ DEI LEGATI

LXII. — I legati possono essere revocati sì pel cangiamento di volontà del testatore, e sì per sentenza del giudice, dopo la morte di quello, per una delle cause di indegnità previste dalla legge. Possono inoltre diventare inefficaci, caduchi colla distruzione della cosa, con la premorienza, d'incapacità o rifiuto del legatario: ma qualche volta la caducità può esser costretta dallo effetto del dritto di accrescimento. Ciò sarà spiegato nei due seguenti paragrafi.

§ 1. — *Della revoca.*

LXIII. — La revoca può risultare, abbiam detto, anche dalla volontà del donante la quale può essere espressa o tacita.

La revoca espressa non può farsi verbalmente, è valida, allorquando è espressa in un testamento posteriore, o in un atto autentico. Ma bisogna che il testamento o l'atto autentico portante revoca non sieno nulli per difetto di forma, chè così essendo, non avrebbero esistenza legale. Ma se un tal testamento portante revoca allorchè fosse nullo come testamento, sarebbe valido come atto autentico (perchè violate le regole del Codice si sarebbero eseguite quelle della legge del ventoso) vi sarebbe revoca, poichè allora lo scritto era in uno testamento e atto autentico, e resta valido in tale ultima qualità. Crediamo noi invece e contro la comune opinione che la revoca sarebbe senza effetto se fatta in un atto scritto, datato e sottoscritto dal testatore, ma non contenente alcuna disposizione di beni. Invano direbbesi che un tal atto costituisce un testamento perchè fa ritornare agli eredi i beni assegnati in pria al legatario. L'errore è palpabile; poichè gli eredi verrebbero allora, non in virtù di un testamento, ma quali successori *ab intestato absque testamento*. Saria vano ancora il dire che se l'atto non è un testamento, ne ha la forma, e ciò basti: ma non è così, poichè la legge ha cura di dire che quando l' atto non è un testamento, bisogna che sia autentico (art. 1035 (990)).

La revoca tacita ha effetto pei legati che trovansi incompatibili con altri posteriori, cioè quando emerge dalle circostanze che il testatore abbia voluto sopprimere le prime disposizioni e sostituirvi le altre (articolo 1036 (991)).

La revoca tacita risulta anche da ogni alienazione che fa il testatore della cosa legata, quand'anche tale alienazione fosse assolutamente nulla in dritto; quel che chiede la legge, si è che il testatore abbia voluto e creduto di alienare. Ma non basterebbe una alienazione fatta con condizione sospensiva che non si è adempita, poichè allora il testatore non ha inteso alienare

;getto o toglierlo al legatario, se non ndo si avverasse il tale avvenimento non si è compito (art. 1038 (993)). una terza ed ultima causa di revoca ta è la soppressione dell'atto testamento (*ibid.*).

Allorquando un testamento è rivocato in o o in parte, o espressamente o tacientente, da un testamento posteriore, la rea avrebbe sempre effetto quand' anche econdo, valido nella forma, non fosse efice (art. 1037 (992)). Se la ritrattane della revoca faccia rivivere il testamento rivocato, è quistione d' intenzione e dovrà risolversi secondo le circostan- (*ibid.*).

LXIV. — Abbiam detto che la revoca dei legati può anche esser pronunziata dopo la morte del testatore. In fatti la legge permette che si pronunzii 1° per inadempimento degli obblighi imposti al legatario, 2° per attentato alla vita del testatore, 3° per sevizie, delitti o ingiurie gravi verso il testatore; 4° infine per ingiuria grave alla memoria del testatore defunto (art. 1046 (1001)).

In quest'ultimo caso la legge restringe l'azione di revoca ad un anno dal giorno del delitto; la protrae a trenta anni, per lo inadempimento degli obblighi, e negli altri due casi la fa durare quanto l'azione penale o correzionale (articolo 1047 (1002)).

§ 2. — *Della caducità e del dritto di accrescere.*

LXV. — Il legato diventa caduco, cioè ade e vien meno in quattro casi: 1° quando nuore il legatario o innanzi la morte del estatore, essendo il legato puro e semplice a termine, o innanzi che si compia la ondizione, essendo la disposizione condizionale (art. 1039, 1040 (994, 995)), 2° uando la cosa legata vien meno innanzi morte del testatore. E si noti che la osa può estinguersi giuridicamente e sussistere fisicamente, come dei pezzi di lename di cui il testatore avrebbe fatto cotruire una nave, un campo su cui avrebbe fatto edificare, e fosse divenuto uno ei quartieri della città, ecc. (art. 1042 997)). — 3° quando il legatario rifiuti il egato (art. 1043 (998)), 4° infine quando incapace di raccoglierlo (*ibid.*).

LXVI. — La premorienza, il rifiuto o la ncapacità del legatario non producono sempre almeno la assoluta caducità del legato.

Invero colui che premuore, nega, od è ncapace, può essere uno di più legatari di ui ciascuno era chiamato alla totalità della osa; e in questo caso la esclusione del egatario, anzichè far tornare la cosa al debitore del legato, ne farà attribuire una maggior parte al collegatario di colui che on raccoglie; allora v'è caducità rispetto al legatario che manca, ma non già rispetto al legato. Cotesta facoltà che ha un collegatario, di conseguire nella cosa legata a più persone una porzione maggiore di quella che avrebbe avuto se tutti i chiamati fossero venuti, è stata chiamata ***dritto di accrescimento***; ma è piuttosto ***non decrescimento*** del dritto alla totalità, o almeno ***decrescimento minore*** di quello che avrebbe sofferto se tutti i chiamati fossero venuti in concorrenza.

Il non decrescimento (o lo accrescimento per usare la espressione comune) non può avere effetto che fra legatari chiamati tutti alla stessa cosa e ciascuno per lo intero; nè potrebbe averne fra quelli che fossero chiamati ad oggetti distinti, ovvero, il che è tutt'uno, a parti distinte di una stessa cosa (perchè le due parti di una cosa formano due cose distinte considerandosi separate l'una dall'altra). Ciò si esprime con dire che l'accrescimento non ha effetto che pei legatari *congiunti*, che nei legati fatti *congiuntamente*.

Ma quando il legato sarà fatto congiuntamente, quando ciascuno dei diversi legatari sarà chiamato alla totalità della cosa? Ciò dipende dalla intenzione che ebbe il testatore, e che si dovrà come sempre decidere secondo le circostanze. Il Codice

quindi riprodusse qui con ragione le regole assolute e matematiche del dritto romano e del nostro antico dritto, che dovevano inevitabilmente far disconoscere spesso il pensiero del disponente. — Il Codice senza tornare all'antica classificazione delle congiunzioni *re tantum*, *re et verbis*, *verbis tantum*, pone il principio di ragione, che vi sarà accrescimento quando i legati saranno fatti congiuntamente, cioè con la chiamata di ciascun legatario alla totalità, abbandonando ai magistrati il decidere in fatto se vi sia o pur no la chiamata allo intero. Pure indica due casi nei quali la congiunzione, la chiamata alla totalità per ciascuno presumesi di pieno dritto : 1° cioè quando i diversi legatarî saran chiamatî ad una medesima cosa con una medesima clausola del testamento, non essendo ad ognuno le varie parti assegnate; 2° quando la cosa assegnata a più persone con diverse clausole ma in uno stesso testamento, non può dividersi senza svilirsi. In tutti gli altri casi la chiamata all' intero non risulterà da regole generali, stabilite *a priori*; spettando ai giudici la disamina in fatto (art. 1044, 1045 (999 M, 1000)).

LXVII — Il punto tanto semplice che la chiamata allo intero costituisce la congiunzione e dà luogo all'accrescimento, mena, secondo a noi pare, alla facile soluzione di quistioni spesso dibattute. Così, quando uno dei due legatarî chiamati non raccoglie, l' altro non potrà dire ch' egli vuol prendere la sua metà senza unirvi quella di chi non raccoglie ; dovendo prendere o rifiutare il tutto, poichè egli è ed è stato sempre chiamato allo intero. Se il legatario che non raccoglie fosse gravato di pesi, l'accrescimento non li trasporterebbe al secondo legatario, il quale non invoca il legato del primo, ma il suo proprio per cui è chiamato senza pesi alla totalità della cosa. — Se il legatario che non raccoglie fosse chiamato con una clausola comune ad un secondo legatario, e gli altri due sien chiamati con un' altra clausola, l'accrescimento non avrebbe effetto per ciò in vantaggio esclusivo del legatario chiamato con la medesima clausola di colui che manca ; ma gioverebbe egualmente a tutti , avendo dritto allo intero tanto colui che manca che gli altri due. — Da ultimo essendo ciascun legatario chiamato all'intero, e il suo dritto si apre per l' intero , quand'anche alla sua morte cessasse l' ostacolo che noceva allo esercizio intero del suo dritto, l'accrescimento che vi sarebbe cessato l'ostacolo, non avrebbe meno effetto, e gioverebbe ai suoi successori (articolo 1045 (1000)).

Pria di finire la materia dell' accrescimento, indicheremo una importante differenza che sorge dalla forza stessa delle cose, fra i legati di proprietà, e quelli di usufrutto. La qual differenza creduta impossibile dai Comentatori moderni che si sono ingannati intorno ad essa, deve ammettersi sotto il Codice, com'è stata sempre nel dritto romano e nel nostro antico dritto non immutati in ciò dal Codice. — Quando i due legatarj a ciascuno dei quali è stata legata per l'intero la *proprietà di* un immobile, han raccolto entrambi prendendo ciascuno la metà, nessuno di loro può mai ottenervi poi la totalità , poichè il raccogliere che fece l'altro la sua metà, sarà sempre di ostacolo al collegatario perchè quella si riunisca alla sua per effetto del legato. Ma quando il legato ha dato, e due legatarj han raccolto l' *usufrutto* soltanto dell'immobile , la morte di uno dei legatarj che fa cessare la sua metà di usufrutto, toglie ogni ostacolo, perchè l'altro riunisca e per il resto della vita, quella metà di usufrutto alla metà da lui già avuta. Si controvverrebbe certamente alla volontà del defunto, negando allora questa metà al legatario, e lasciandola agli eredi, dacchè per l'usufrutto intero il testatore ha anteposto agli eredi ciascuno dei due legatarj (*ibid.*).

SEZIONE IV.

DEGLI ESECUTORI TESTAMENTARÎ

XVIII.— Chiamansi esecutori testamen- le persone a cui il testatore dà in- co di vegliare dopo sua morte allo ese- nento delle sue ultime volontà.

l testatore può nominarne uno o più, uando son più, può conferire a ciasche- no incarichi speciali o dare a tutti fa- tà intere. La nomina dee farsi per te- mento (art. 1025 (980)).

A garentire l'esecuzione dei legati mo- iari , il testatore può dare al suo ese- tore testamentario la investitura propria- ente detta, cioè il possesso di fatto, dei oi mobili; ma tal possesso che non to- ierebbe il possesso civile degli eredi, nè iò estendersi agli immobili, non può du- ıre oltre ad un anno ed un giorno. L'e- de può farla sempre cessare quando giu- ilica la esecuzione dei legati mobiliari , vvero offre all'esecutore una somma ba- evole a soddisfarli (art. 1026 e 1027 81 e 982)).

L'esecutore testamentario il quale deve nder conto non al testatore che lo no- ina, ma agli eredi di lui che non l'hanno celto, nè possono rimuoverlo, non può es- ere un incapace. La legge dichiara quindi he chiunque non può contrarre una ob- ligazione con tutte le garenzie, non potrà ssere esecutore testamentario. Così il mi- nore non emancipato, ed anche il minore nancipato, saranno incapaci di accettare uesto mandato speciale, quand' anche in- ervengano il tutore o il curatore. La mo- lie separata di beni o che maritata sotto regime dotale ha beni parafernali, sic- ome può essere perseguita nella piena pro- rietà dei suoi beni per le obbligazioni da i contratte, o con l'autorizzazione del ma- ito o con quella giudiziaria, può accettare, utorizzata dell'uno o dell'altro modo; ma a donna maritata in comunione, ovvero con sclusione di comunione, o sotto il regi- ne dotale, ma senza avere beni parafer- ali, non può accettare il carico se non se autorizzata dal marito che ha il go- dimento dei suoi beni, mentre l'autorizza- zione giudiziale ne obbligherebbe solo la nuda proprietà (articolo 1028, 1030 (983, 985)).

LXIX. — L'esecutore testamentario che è investito delle cose mobili, essendovi e- redi minori, interdetti, o assenti, deve fare apporre i suggelli per garenzia degli ere- di, nè può farli rimuovere che facendo un inventario dei mobili.

Ma il testatore può con una clausola for- male dispensare il suo esecutore dall' ob- bligo dell'inventario, ma non potendo vie- tare che un inventario si facesse , gli e- redi potranno sempre farlo stendere. L'e- secutore ch'è investito deve, cessata la in- vestitura, dare agli eredi il rendiconto del- l'impiego fatto dei mobili, o soddisfacendo i legati, o pagando le spese funebri di cui lo avrebbe incaricato il testamento , o le spese di suggelli, d'inventario od altro che si riferisca ai suoi incarichi (art. 1031 (986)). Tali spese tranne quelle dei fu- nerali ed altro che costituiscono i debiti propriamente detti, sarebbero a peso non già della eredità, ma della parte disponi- bile di essa, essendo fatte nell'interesse dei legatarî (art. 1034 (989)).

Il testatore non potrebbe dispensare lo esecutore testamentario dal rendimento dei conti ; un amministratore di cose al- trui non tenuto a render conto , sareb- be un assurdo. Vana obiezione sarebbe , che il testatore attribuendogli la stessa proprietà, poteva far cosa di più, che una dispensa del rendiconto dei mobili. Ciò poteva fare certamente; ma poichè non l'ha fatto, e la proprietà dei beni è rimasta al- l'erede, è forza che l'amministratore renda conto dello impiego fatto (art. 1031 (986)).

L' esecutore testamentario non investito dei mobili, non è tenuto a far apporre i suggelli, ma ne ha sempre la facoltà; es- sendo incaricato di prendere tutti i prov-

vedimenti necessari, a fin di garentire lo adempimento dei legati (art. 1031 (986)). In tutti i casi, sia egli investito, o no, può per manco di danari bastevoli a soddisfare i legati, far vendere i mobili, e intervenire in tutte le liti sorte per la esecuzione del testamento, onde sostenere i dritti dei legatori (*ibid.*).

Il carico di esecutore testamentario, è, come qualunque altro mandato, personale nè trasmettesi agli eredi (art. 1032 (987)).

Se il testatore abbia nominato più esecutori testamentari, e tutti abbiano accettato, fa d'uopo distinguere, se il testamento assegni o pur no, a ciascheduno di loro incarichi speciali. Nel primo caso, ogni mandatario ha facoltà per l'oggetto [...] buitogli; nè la sua risponsabilità va [...] Non essendo divisi gl'incarichi, ogni [...] gli esecutori ha poteri assoluti, e [...] deve rispondere per l'intero, e in [...] coi suoi coesecutori, delle cose mobili [...] confidate. Questa risponsabilità in [...] per l'impiego delle cose mobili, arr[...] pure gli esecutori i quali fossero usc[...] tre i limiti degli incarichi speciali a [...] assegnati.—Se essendo più gli esecutori [...] stamentari, alcuni soltanto accettano [...] tri rifiutano, deesi da tutte insieme le [...] costanze valutare in fatto qual sia stato [...] intendimento del disponente (art. [...] (988)).

CAPITOLO QUARTO

DELLE DONAZIONI E DEI TESTAMENTI CHE CONTENGONO UNA SOSTITUZIONE O PRESENTINO UNA DIVISIONE DI ASCENDENTE.

SEZIONE PRIMA

DELLE SOSTITUZIONI

LXX.—Chiamasi ***sostituzione***, o ***sostituzione fedecommissaria*** la clausola con cui i donanti, o i testatori impongono a chi gratificano, l'obbligo di conservare fino alla sua morte la cosa donata, affin di trasmetterla allora ad uno o più persone che sieno gratificate in secondo ordine. Chi riceve coll'obbligo di sostituzione nomasi ***gravato***; quello a cui dee restituirsi, dicesi ***chiamato*** o ***sostituito***.

Per esservi sostituzione è d'uopo che il donatario o legatario sia stato ***obbligato*** dal disponente a ***conservare*** la cosa. Non v'è sostituzione quando si è donata una cosa coll'obbligo di darne un' altra (non essendovi allora obbligo di conservare la cosa donata); nè quando si è obbligato rendere quel che resterà d'una tal cosa, il che chiamasi fedecommesso *de residuo*, *de eo quod supererit* (potendo il donatario far che nulla resti, e non essendo obbligato a conservare); nè quando soltanto si prega, o si invita perchè si conservi, e si renda (non essendovi allora obbligo del beneficato).—Se la disposizione, tuttochè imponga l'obbligo di conservare, accordi facoltà di alienare ***in caso di bisogno***, la soluzione può dipendere dalle circostanze.—In principio, bisogna dire esservi sostituzione; avvegnacchè le parole, ***in caso di bisogno***, non significano a piacere, ma solo se vi sia necessità: e siccome un proprietario non si pone per piacere nell'obbligo d'alienare i suoi beni, è forza riconoscere, esservi allora un serio obbligo di conservare la cosa. Ma se da tutta insieme la disposizione emergesse, che colle parole, ***in caso di bisogno del donatario***, il disponente abbia inteso dire soltanto, ***se il donatario lo trovi utile***, questi non è più obbligato a conservare; nè esiste la sostituzione (art. 896 (T)).

Secondariamente, per esservi sostituzione è mestieri che il donatario sia obbligato a conservare fino alla sua morte. Sarebbe un fedecommesso, ma non più una sost[...]

tuzione, l'obbligo di conservare fino a quel tempo, o fino al tale avvenimento, che non sia la morte (*ibid.*).

Da ultimo vi è sostituzione quando la liberalità si è fatta coll' obbligo di conservare fino alla morte, *onde trasmettere allora alla tal persona*; cotalchè, quando pure la liberalità fosse fatta con la condizione che il beneficato non alienasse mai, neanco per testamento, non vi sarebbe sostituzione, avvegnacchè morto il beneficato, la cosa donata passerebbe, non a questo, o a quell'altro nominato come donatario in secondo ordine, ma agli eredi del beneficato che come tali la raccoglierebbero (*ibid.*).

Le sostituzioni non possono farsi altrimenti, che per donazione, o per testamento; nè solo il sostituito, ma anche il gravato sono sempre, e necessariamente donatari o legatari. Così ad esempio, se lasciando erede mio figlio, lego il tal podere a mio nipote da conseguirlo alla morte di quello, v'è realmente una sostituzione di cui è gravato mio figlio, perchè questi riceve il podere alla mia morte, coll'obbligo di conservarlo fino alla sua morte, a fin di trasmetterlo poi a mio nipote. Ma anche mio figlio, sebbene non chiamato al podere con una clausola del testamento, lo raccolga *ab intestato* insieme con tutti gli altri miei beni; lo raccoglie realmente in forza del testamento, e come legatario. Assegnando il podere a mio nipote, morto che sia mio figlio, io lo sottraggo dalla mia successione legittima, tanto per l'uno, che per l'altro, e il mio testamento vuol dire: « mio figlio prenderà il podere, non secondo le regole ordinarie di successione, ma secondo la mia volontà, cioè, perchè lo conservi durante sua vita, nè possa alienarlo mai, e alla sua morte lo trasmetta a mio nipote. » Lo stesso mio figlio quindi è legatario del podere (*ibid.*).

LXXI. — Spiegata così l'indole della sostituzione, diciamo che il principio del Codice in questa materia si è, che qualunque sostituzione è nulla, e rende pur nulla la disposizione, sia fra vivi, sia per testamento che la contenga; anche quando la condizione, o le condizioni cui la sostituzione andrebbe soggetta, non si effettuassero. Imposta che sia ad una donazione, o ad un legato una sostituzione anche condizionale sotto più aspetti, immediati, e checchè possa seguirne appresso, la disposizione è nulla. Ma la sostituzione non trarrebbe la nullità della disposizione principale, se fosse scritta sotto la condizione stessa di non essere una sostituzione. « Così io fo la mia donazione, o il mio legato col tale obbligo, tranne che desso non sia una sostituzione, nel qual caso io lo cancello ». Allora la sostituzione non è esistita nè per un momento, quand'anche eventualmente; non si è formata, neppur come possibile, avvegnacchè la clausola fosse scritta per avere effetto, quando non fosse una sostituzione (*ibid.*).

Se la sostituzione almeno in principio rende nulla la liberalità gravata, la nullità non estendesi certamente alle altre liberalità che potrebbero farsi collo stesso atto, quando pure fatte alla stessa persona. Senza fallo donati due immobili, entrambi coll'obbligo di restituirne uno, la donazione sarà nulla per entrambi, essendo stato il primo donato coll'obbligo di restituire il secondo; ma donato il primo puramente, e il secondo solo gravato di sostituzione, la donazione sarebbe valida per il primo. La è questa una disamina di fatto (*ibid.*).

Al principio di nullità delle sostituzioni e delle liberalità che le racchiudono, si è fatta dal Codice una eccezione (ampliata più innanzi dalla legge dei 17 marzo 1826 e ricondotta ai primi limiti da quella degli 11 maggio 1849).

Vedremo successivamente: 1° Quali sostituzioni sieno permesse; 2° quali gli effetti della sostituzione, e quali dritti abbiano il gravato e il sostituito; 3° quali provvedimenti debbano prendersi, essendovi sostituzione nello interesse dei chiamati; 4° finalmente quai provvedimenti sieno nello interesse dei terzi ordinati.

§ 1.—*Delle sostituzioni permesse.*

LXXII. — Il Codice permette che un donante o un testatore il quale disponga in vantaggio di un figlio, o anche (non essendovi figli o discendenti che debbono succedergli) in vantaggio di un fratello o di una sorella, possa chiamare come sostituiti tutti i figli nati e da nascere dal donatario o legatario (art. 1048, 1050 (1003, 1006)).

Nelle disposizioni fatte coll' obbligo di sostituzione, come in tutte le altre, si può apporre la clausola chiamata dai Romani *sostituzione vulgare*, la quale consiste in ciò, che se il tale chiamato ad una liberalità, non la raccolga, la liberalità gioverà a chi è chiamato sotto la condizione che il primo mancasse (art. 898 (936 M)).

LXXIII. — Avvenendo che il gravato morisse lasciando uno o più sostituiti, e discendenti di un sostituito predefunto, questi ultimi raccoglierebbero per mezzo della rappresentazione la porzione del loro autore (art. 1007 (1051 M)).

Facilmente si possono gravare di sostituzione i beni che si son dati prima per mente, se la prima disposizione è stata per testamento, potendosi questo rivocare a piacere, e sostituirvi una nuova liberalità coll'obbligo di restituire. Se la prima disposizione poi è fra vivi, il donante può farne una seconda, o fra vivi o per testamento, che gravi i beni primieramente donati; e se il donatario accetti la seconda liberalità, non potrà più disobbligarsi di restituire i beni prima donati, nemmeno abbandonandoli (art. 1052 (1008)).

§ 2. — *Dei dritti del gravato e dei chiamati.—Apertura delle sostituzioni.*

LXXIV. — Il gravato, tuttocchè incaricato di restituire i beni, ne è sempre il proprietario, se non che la sua proprietà risolvesi coll'apertura della sostituzione. Così egli può ipotecare o alienare; ma avveratasi la risoluzione vengono meno, e come se mai sieno esistite, le alienazioni o concessioni di dritti reali. I chiamati fino all'apertura del loro dritto, hanno solo una semplice speranza, per cui è loro permesso di prendere tutti i provvedimenti conservatori (art. 1053 (1009)).

Sebbene la proprietà dei beni spetti al presente al gravato, non in modo assoluto ma transitoriamente e risolutivamente, le spese che si riferiscono ad essa (ad esempio, le ricostruzioni di fabbriche) sarebbero a peso non del gravato ma degli stessi beni, che di altrettanto valore scemerebbero per il gravato prima, e poi pei chiamati; nel qual caso si potrebbe alienare o ipotecare una parte di beni con le forme richieste pei beni dei minori (*ibid.*).

Si vedrebbe dalle circostanze se una prescrizione corsa in vantaggio del gravato durante il suo godimento, siesi compita per lui personalmente, o per conto della sostituzione. La prescrizione corsa in favore dei terzi sopra i beni della sostituzione, avrà il suo effetto ordinario contro i sostituiti, non essendovi alcun testo che dichiari imprescrittibili i beni gravati di sostituzione (*ibid.*).

LXXV. — Tre cause possono aprire la sostituzione e mutare la speranza dei chiamati in proprietà presente dei beni:

1. La morte naturale o civile del gravato.

2. Il suo decadimento pronunziato per non aver fatto nominare un tutore alla sostituzione, come vedremo più innanzi (articolo 1057 (1013)).

3. L'abbandono volontario che il gravato fa della sua proprietà ai chiamati prima della sua morte.—Cotesta assegnazione dei beni ai chiamati, in vita del gravato, sarebbe come non avvenuta pei chiamati che potrebbero nascere appresso, ed anche per quelli che vivendo al presente non avrebbero voluto accettarla; per essi l'apertura definitiva, e la divisione dei beni si farebbero sempre alla morte del gravato, e se-

condo lo stato della famiglia in quel tempo. Ma l'assegnazione anticipata sarebbe definitiva per coloro che consentirono ad accettarla come tale. Indarno si opporrebbe che il Codice parla d'un abbandono del godimento, e non già dell'abbandono definitivo della proprietà, avvegnacchè il Codice con quel nome chiami impropriamente la proprietà stessa del gravato, ponendo in principio generale che il dritto dei chiamati si aprirà, cessato il *godimento* del gravato. La terza causa è applicabile solo per le sostituzioni fatte sotto la legge del 1826, dacchè ne verrebbe spesso fra i figli una disuguaglianza di parti non permessa dal Codice.—Del resto l'anticipato abbandono non potrà mai nuocere nè ai creditori del gravato anteriori allo abbandono, nè a quelli che dal gravato avessero ottenuto dritti reali sopra i beni (articolo 1053 (1009)).

Avveratosi l'avvenimento, o giunto il tempo, che non sia quello della morte del gravato, indicato dal disponente come termine della sostituzione, si apre parimente il dritto dei chiamati; ma non vi sarebbe una sostituzione propriamente detta, non essendovi obbligo di conservare fino alla morte. Tal disposizione sarebbe stata nulla prima della legge del 1826, ed anche oggi dopo quella del 1849, contravvenendo indirettamente alla regola che vieta di far restituire i beni ad una parte soltanto dei figli; ma non sarebbe nulla nelle liberalità fatte sotto l'impero della legge del 1826 *(ibid.)*.

LXXVI. — Si son pure presentate come cause di apertura della sostituzione: 1° lo abuso di godimento del gravato; 2° la revoca della sua liberalità per ingratitudine o per inadempimento delle condizioni; 3° il suo rifiuto di accettare la disposizione trattandosi di un legato. Questa dottrina ci sembra inesatta.

E primieramente, l'abuso di godimento è causa di decadenza contro un usufruttuario; ma tal regola essendo una disposizione penale, nè potendo quindi estendersi oltre i suoi termini, non può applicarsi al gravato che è proprietario. Dunque l'abuso potrà obbligar lui a danni ed interessi pel passato, e a provvedimenti conservatori per l'avvenire. La revoca della liberalità non potrebbe nemmeno esser causa di apertura del dritto dei chiamati. Se è pronunciata per inadempimento di obblighi, rende nulla del tutto la liberalità soggetta ad obblighi, la quale si terrà come non fatta tanto pei sostituiti che pei gravati. Se avviene per la ingratitudine del gravato, non può certamente nuocere ai chiamati, i quali, donatari innocenti, non debbono andar puniti per la colpa del reo donatario; ma nemmeno trarne profitto, acquistando beni a cui son chiamati per la morte del loro autore. I beni torneranno dunque al donante o agli eredi del testatore, ma gravati di sostituzione, come erano in potere del donatario o legatario ingrato, e salvo a restituirsi ai chiamati alla morte del gravato, come se la revoca non fosse stata. — Il rifiuto di un legatario di accettare il legato offertogli con l'obbligo di sostituzione, o di colui cui sarebbe offerta una donazione fra vivi, anzichè aprire il dritto dei sostituiti, impedirebbe invece che vi fosse sostituzione; avvegnachè non possa esservi sostituzione senza una disposizione principale che la contenga, nè legato, allorchè il legatario si ricusa, nè donazione se il donatario non accetta *(ibid.)*.

LXXVII. — Morto che è il gravato i sostituiti, eredi o pur no di lui, acquistano incontanente e la proprietà e il possesso civile dei beni compresi nella sostituzione; di maniera che non essendo essi gli eredi, debbono a questi domandare la restituzione, il rilascio materiale dei beni. Imperocchè son donatari o legatari non del gravato, ma dello stesso disponente, e beni si trasmettono a loro, non *a gravato sed a gravante*. La morte del gravato fa risolvere pienamente tutti i dritti di lui sopra i beni, epperò gli eredi non possono avere nè il dritto di possesso, nè quello di proprietà, ma il solo possesso di fatto come semplici depositari (*ibid.*, n. VIII).

La legge tuttochè permetta difficilmente, e come per eccezione, le sostituzioni non

ha voluto che si facessero e disfacessero col medesimo atto, e si creassero con obblighi che potrebbero renderle inefficaci. Quindi il disponente non può permettere che il gravato consenta a suo talento ipoteche che avrebbero effetto contro i chiamati; tranne che non fosse la ipoteca legale della moglie del gravato dove non bastino gli altri beni del marito e soltanto per il capitale del danaro dotale. Del resto basta che il disponente dichiari e citamente intorno a ciò la sua volontà. Comprendesi di leggieri che i chiamati potrebbero impugnare nè le ipoteche, le alienazioni consentite dal gravato se sero eredi puri e semplici di lui, nè trebbero anche in tal caso (siccome antico dritto in un fine tutto aristocrati rivendicare dai terzi i beni alienati pa done il valore (art. 1054 (1010)).

§ 3. — *Dei provvedimenti ordinati dalla legge negli interessi dei chiamati.*

LXXVIII. — In qualunque sostituzione, anche in quella in cui i chiamati fossero al presente maggiori e capaci, deve nominarsi un tutore per fare tutto ciò che è necessario ad assicurare l'esecuzione dell'obbligo di restituire. Questo tutore, dato non *personae* ma *rei*, e per cui non v'è nè ipoteca legale, nè tutore surrogato, nè consiglio di famiglia, può esser nominato dal disponente o nell'atto stesso o in uno posteriore, purchè autentico. Se il disponente muore senza averlo nominato, il gravato o il suo tutore (se minore o interdetto) è obbligato farne nominare uno dal consiglio di famiglia entro il mese dal giorno della morte o da quando conobbe la disposizione. Se tale obbligo non è adempito, il gravato minore o maggiore, esistano o pur no chiamati, è decaduto dal suo dritto senza che possa venir restituito per la insolventezza del suo tutore. Esistendo chiamati, il loro dritto deve dichiararsi aperto, quando lo dimandino o essi stessi, o i loro tutori o curatori, o qualcheduno dei loro parenti, o anche il procuratore della Repubblica. Questa assegnazione ai chiamati che vivono al presente, è condizionale per questo che se poi nascono altri chiamati, i beni saranno divisi insieme con esso loro, ma non già che i chiamati i quali al presente vivono, debbono custodire la loro parte quando sopravvivono al gravato; avvegnachè la sostituzione qui non si apre più per la morte del gravato, ma per la decadenza di lui. Se poi non esistono ancora chiamati, gli eredi del disponente riprendono i beni a fin di rimetterli più innanzi ai chiamati che potrebbero [illegible]pravvenire. — Il tutore nominato alla so-stituzione è obbligato di accettare se non ha una scusa preveduta nel titolo [illegible] *Tutela* (art. 1055, 1056 (1011, 10[illegible]

L'altra formalità che vuolsi nell'interesse dei chiamati, si è l'inventario e la [illegible] dei mobili compresi in qualunque disposizione a titolo universale fatta con atto [illegible] ultima volontà. Essa deve compiersi dal gravato o dal suo tutore presente il tutore alla sostituzione, entro i tre mesi dalla morte del disponente; nel caso che non si adempia, il tutore alla sostituzione deve farvi procedere nel seguente mese; dopo il qual termine, il dritto di domandarlo passerebbe insieme ai chiamati o ai loro tutori o curatori ai parenti di quelli e al procuratore della Repubblica (art. 1058, 1061 (1014, 1017)).

Il gravato deve fare vendere anche per affissi e con incanti, i beni mobili compresi nella sostituzione, tranne quelli che il disponente abbia voluto si conservassero in ispecie, i quali passeranno ai chiamati nello stato in cui saranno alla apertura della sostituzione. Tal regola non si applica ai beni che mobili per natura sono immobili per destinazione, perchè il gravato li conserverà sempre con l'obbligo di restituirne altri di ugual valore (art. 1062, 1064 (1018, 1020)).

In fine i danari che fan parte della disposizione debbonsi impiegare; quelli che esistano quando si chiude l'inventario, entro i sei mesi che seguono; quelli che provengono da posteriori pagamenti, entro i

tre mesi da che son ricevuti. Il collocamento che deve farsi sempre e per cura e presente il tutore alla sostituzione, deve farsi o con privilegio sopra immobili o in acquisto d' immobili se il disponente non abbia altrimenti disposto (art. 1065, 1068 (1021, 1024)).

§ 4.—*Dei provvedimenti ordinati nello interesse dei terzi.*

LXXIX.—Il gravato e il tutore alla sostituzione sono obbligati di render pubblica la disposizione e l'obbligo di restituire in essa contenuto, con la trascrizione dell'atto di acquisto per gl'immobili (che pei beni donati in natura dal disponente è l' atto medesimo di liberalità) e per le somme impiegate con privilegio sopra immobili, con la iscrizione presa sopra questi ultimi (art. 1069 (1025)).

La mancanza di trascrizione o d' iscrizione può essere allegata contro i sostituiti, dai creditori del gravato e da tutti quelli cui avrebbe alienato i beni a titolo oneroso, ma non mai dai donatari, legatari o eredi sia del gravato, sia del disponente. I creditori e i terzi acquirenti a titolo oneroso del gravato possono anche opporla al sostituito minore o interdetto, salvo solo il regresso di costui contro il gravato e il tutore alla esecuzione, non potendo farsi restituire per la insolventezza dell'uno o dell'altro; quand'anche i creditori e i terzi acquirenti avessero conosciuto l' obbligo di restituire per altro modo che non sia la trascrizione o la iscrizione (art. 1070, 1074 (1026, 1030)).

SEZIONE II.

DELLE DIVISIONI FATTE DAGLI ASCENDENTI FRA I LORO DISCENDENTI.

LXXX.—Affin di prevenire le liti che sorgono spesso nella divisione dei beni di un defunto, è permesso agli ascendenti di fare essi medesimi fra i loro discendenti la divisione dei beni con una donazione fra vivi o con un testamento (art. 1075 (1031)).

L'atto di cui è discorso, sebbene non sia in fondo una liberalità ordinaria, ma una divisione, è governato in generale dalle regole dell' atto di cui ha la forma. Per modo di esempio, il padre e la madre dei figli non lo potrebbero fare con un testamento congiuntivo; e sarà d'uopo dell'accettazione espressa, dello spossessamento irrevocabile, ecc. se l' atto avrà la forma di una donazione fra vivi (articolo 1076 (1032 M)).

Fatta per donazione fra vivi la divisione anticipata, i condivisi, sebbene siesi fatta l'attribuzione di cose singolari, saran sempre tenuti al pagamento dei debiti dell'ascendente donante, essendo quella la divisione di un patrimonio, il quale costa dell'entrate scemate dei debiti; ma siccome i donatari non possono qui continuare la persona che esiste, non saran tenuti *ultra vires*, ma soltanto fino alla concorrenza dei beni. Se poi la divisione si fa col testamento, si dovranno i debiti *ultra vires* tranne che l'eredità non si fosse accettata col beneficio *(ibid.)*.

Conforme ai principî generali intorno alla divisione, quei beni che si lasciano dal defunto non divisi, si divideranno secondo le regole ordinarie. È assolutamente nulla quella disposizione che non chiama tutti i figli che esistano alla morte ed accettino la eredità, e una novella divisione può quindi promuoversi tanto dai figli fra cui l'atto è stato fatto, quanto da quelli che non vi hanno figurato. Se invece uno dei figli che figurano nella divisione, muore senza prole prima del disponente, è mestieri distinguere se la divisione è stata fatta con donazione o con testamento. Nel secondo caso, i beni che formavano la parte del figlio non sono più compresi nella di-

visione, e deesi farne una nuova come si è detto; nel primo caso, i beni quando il figlio non ne abbia disposto, ritorneranno all'ascendente donante, nella eredità di cui gli altri li prenderanno con una novella divisione che si farà alla morte del donante (art. 1077, 1078 (1033, 1034)).

Essendo una divisione e non una liberalità ordinaria, il genere di disposizione trattato in questa sezione, non bisogna qui conoscere se ciascuno dei figli abbia o pur no conseguito l'intera riserva a cui avea dritto, ma soltanto se è stato leso di oltre un quarto. Se il figlio nella divisione dei beni ha ricevuto almeno tre quarti della sua intera porzione, non può domandar la rescissione quand'anche non avesse la intera riserva; potrebbe invece domandarla se non ebbe i tre quarti quando anche fossero maggiori della sua riserva; come pure se per effetto di una donazione precapienza, uno dei figli avesse più del disponibile e della sua part riserva insieme riuniti. Queste due di rescissione verrebbero meno se nel mo caso si offrisse il supplimento porzione a chi non ha i suoi tre qu e nel secondo, il figlio che è stato favorito, restituisse ciò che ha ricevuto tre quello permesso dalla legge (art. (1035)).

Del resto, la legge che fino alla prova contrario presume esatta la divisione vuole che il figlio sia corrivo a domandare la rescissione, dichiara che l'attore anticipare le spese della stima, e nel che succombe pagarle solo, in eccezione alla regola per cui si può far compensazione fratelli e sorelle (art. 1080 (1036)

TITOLO III.

Dei contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

(Decretato il 7 febbraro 1804. — Promulgato il 17).

376. Nulla più vizioso del metodo dei compilatori del Codice nella materia di cui tratteremo, anzi mancanza di ogni metodo.

377. Dicesi *obbligazione* o *impegno* (queste due parole sono sinonime) una giuridica necessità, un legame civile che obbliga particolarmente un tale a qualunque prestazione in vantaggio di altrui.

Vi sono cinque sorgenti di obbligazioni 1° i contratti, o convenzioni, 2° i quasi-contratti, 3° i delitti, 4° i quasi-delitti, 5° la legge (art. 1001 e 1370 (1055 e 1324)).

Le obbligazioni che risultano d'una convenzione, d' un contratto chiamansi *convenzionali o contrattuali* per distinguerle da quelle che sorgono dalle altre quattro fonti e formansi senza alcuna convenzione.

Ciò posto, per procedere con ordine e in modo razionale bisognerebbe abbracciare in un sol titolo tutta la materia DELLE OBBLIGAZIONI considerata IN GENERALE. In questo unico titolo si sarebbe dovuto trattare separatamente 1° delle *sorgenti* delle obbligazioni, in una parte in cui prima trattato col necessario sviluppamento delle convenzioni o contratti, si fosse poi passato alle quattro altre sorgenti; 2° delle varie *specie* di obbligazioni, 3° dei loro *effetti*, ec. Così aveva proceduto Pothier. Invece i compilatori del Codice hanno incominciato dal dividere la materia delle obbligazioni (considerata in generale) in due titoli, l'uno per le *obbligazioni convenzionali*, l'altro per le *obbligazioni che formansi senza convenzione*; e a dissimulare l'unità sem-

ssima della materia che essi tanto il-
:amente dividevano, hanno affettato di
are il nome d' *obbligazioni* a quelle
nascono dalle convenzioni, dando alle
: il nome d'*impegni*, benchè ricono-
io in fondo. che *impegno* e *obbliga-*
ie, essere *obbligato* ed *essere impe-*
to sono perfettamente sinonimi (arti-
1108, paragr. 4; 1125, 1270, 1274,
ıgr. 2; 1382 (1062, 1079, 1224, 1228,
i6)).

compilatori han poco da dire pel loro
ondo titolo delle obbligazioni, il quale
:ompone di *diciassette* articoli, nel men-
il nostro ne ha quasi *trecento*; perchè
maggior numero delle regole generali
licate dal nostro titolo per le obbliga-
ni convenzionali, si applicano pure e ne-
ssariamente alle obbligazioni non conven-
ıali. Quasi l'intera materia del secondo
olo si trovava spiegata nel primo.

378. Se non vi fosse che questo vizio
:l sistema, sarebbe poco pericoloso; ma
:rrore da cui è sorto questo primo risul-
mento, ne ha prodotto altri molto più
ıbarazzanti e che formano di molte parti
:l nostro titolo un miscuglio di idee in-
erenti, in mezzo alle quali bisogna star
rmo costantemente al principio perduto
mira dai nostri compilatori. Il qual prin-
pio ammesso dai compilatori e poi di-
ienticato, gli è che altro è il *contratto* da
ii nasce l'obbligazione, ed altro *l'obbli-*
ızione convenzionale che è l' effetto di
iello. I compilatori ad ogni passo del no-
ro titolo han confuso la convenzione, il
ıntratto con l' obbligazione che ne deri-
ı, ed una tal confusione recherebbe gran-
e oscurità nelle idee se non si ricordasse
ı distinzione da essi dimenticata.

Ed in prima anche la rubrica del no-
lro titolo incomincia dal dirci che tratta
ı generale e senza entrare in particolari
:gole dei *contratti*, o delle *obbligazioni*
ınvenzionali; presentando così come uni-
ı cosa l'obbligazione e il contratto da cui
eriva. Vero che alcuni interpreti (special-
ıente Toullier e Demante) han dissimulato
ıesto modo scrivendo dei *contratti* o
elle *obbligazioni convenzionali:* ma egli
è certo che il testo officiale ha la congiun-
zione *o*; la quale è stata posta come
sinonimo di *cioè*, e per identificare l'ob-
bligo con la stessa convenzione e con il
contratto. Udiamo al Corpo legislativo Bi-
got-Préameneau, compilatore del progetto:
« Legislatori, ci dice, il titolo del Codice
che ha per oggetto i contratti o le obbliga-
zioni convenzionali, offre... »; e più in là par-
lando del primo capitolo del nostro titolo
che dà la definizione e la classificazione dei
contratti (art. 1101, 1107 (1055, 1061)),
mentre che della divisione delle obbliga-
zioni parlerà poi (capitolo IV, art. 1168,
1233 (1121, 1186)); dice che il capitolo I
mira a *dividere* le OBBLIGAZIONI *nelle loro*
varie classi; e prosiegue: « La divisione del-
le *obbligazioni* tal quale la presenta questo
capitolo differisce da quella del dritto roma-
no; che in Roma le *obbligazioni*, non es-
sendo specialmente indicate nelle leggi,
eran dette *contratti innominati !!!* » Ter-
minata l'analisi di tal pretesa classificazione
delle *obbligazioni*, ci dice « Dopo aver così
distinto i varî generi dei *contratti*..... »
(Fenet, tom. XIII, pag. 215, 218, 219,
220).

379. In tal modo nel linguaggio, fin al-
lora inaudito, dei compilatori del Codice,
contratto ed *obbligazione* sono sinonimi che
esprimono una sola ed unica idea; e il no-
stro articolo si occupa dei *contratti cioè*
delle *obbligazioni convenzionali*.

Le conseguenze di tale incredibile confu-
sione si scorgeranno spesso nel capitolo
secondo del nostro titolo, e più nel terzo.
Questo capitolo che ha per titolo « *Dell'effet-*
to delle obbligazioni » incomincia dall'indi-
care in una prima sezione gli effetti delle
convenzioni; confonde poi nella seconda se-
zione gli effetti di alcune *convenzioni* con
quelle di alcune obbligazioni, e dopo a-
ver trattato delle obbligazioni soltanto nel-
le sezioni III e IV, ritorna nella V alla
interpetrazione delle *convenzioni*, e nella VI
allo effetto delle *convenzioni* verso i terzi.
Così ci pone tra GLI EFFETTI delle *obbliga-*
zioni alcune regole relative alle *conven-*
zioni, cioè alle cause di tali obbligazioni!
Pur nondimeno Pothier, copiato e ricopiato

spesso troppo servilmente dai nostri compilatori, offriva nel suo trattato un ordine perfettamente logico. Eccone il disegno in poche linee: Delle obbligazioni. — Che cosa è una obbligazione (n. 1)? — Sorgenti delle obbligazioni: cioè *i contratti*, *i quasi-contratti*, *i delitti*, *i quasi-delitti*, *e qualche volta la legge* (n. 2). — Dei contratti: *Che cosa è un contratto? Distinzione dei contratti: dello effetto dei contratti*, dell'*interpretazione dei contratti, ec. ec.* (n. 3-112). Del *quasi-contratto* (113-115). Dei *delitti* e *quasi-delitti* (116-122). *Della legge* (123). Dopo aver trattato in tal modo delle *fonti* delle obbligazioni. Pothier parla: *dell'oggetto delle obbligazioni* (129-140), *dello effetto delle obbligazioni* (141-172), *delle varie specie di obbligazioni* (173-456), *della estinzione delle obbligazioni* (457-693), e finalmente *della prova delle obbligazioni* e di quella del loro pagamento (694-838)).

Si potrebbe credere a prima vista che Pothier e i compilatori del Codice fossero di accordo se non altro nella seconda metà della materia che essi trattano, poichè le tre ultime divisioni sì dell' uno che degli altri hanno per iscopo ; 1° *le varie specie delle obbligazioni*, 2° la loro *estinzione*, e 3° la loro *prova*. Ma postovi mente, ben si comprende come il disegno dei nostri compilatori nei due titoli sulle obbligazioni dà ai tre ultimi capitoli del nostro titolo uno scopo diverso e più ristretto delle tre ultime parti del trattato di Pothier. Questi infatti trattava di ogni obbligazione qual che ne fosse la causa, nel mentre il nostro titolo si intrattiene nei tre ultimi capitoli delle *specie*, dell'estinzione, e della *prova* delle *OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI*. Qui riappare ancora l'inesattezza del sistema vizioso del Codice, perchè non ostante la dichiarazione contraria dei compilatori, questi tre capitoli racchiudono anche e forzatamente le diverse specie, la estinzione, e la prova delle obbligazioni non convenzionali. Per esempio, non vi sono obbligazioni solidarie oltre quelle risultanti da una obbligazione? Forse il pagamento estingue solo le obbligazioni, convenzionali? Ove le regole sull' estinzione e la prova delle obbligazioni convenzionali, se non sono nel nosti tolo?...

È dunque indubitato che non ost la sua rubrica, il nostro titolo stabi principî generali che abbracciano le bligazioni non convenzionali, e quelle sultanti da un contratto.

380. Comparando il disegno tanto lo che i nostri legislatori del 1804 aveva sotto gli occhi, e la strana confusi d' idee, nelle quali si sono immersi, m meraviglia il leggere in Duranton (X, n. « Questo ordine così *melodico* ed in » *così razionale* adottato dai compila » del nostro Codice, si deve al sapient » e giudizioso Pothier, che nel suo trat- » tato delle *Obbligazioni* avea abbozzato » ai nostri legislatori un disegno che essi » *hanno subitamente adottato* ».

Si vede in vece come i *nostri* compilatori abbiano stranamente capovolto il disegno di Pothier, innocente degli errori da loro commessi ; e non si comprende come Duranton abbia scritto e ripubblicato nell'ultima sua edizione la frase da noi qui notata.

Dopo le nostre prime edizioni Poujol ha trattato questa materia delle obbligazioni, e ci siamo accorti con dolore come ad esempio dei nostri predecessori. ei non corregge alcuna delle molte e pericolose inesattezze dei compilatori, e le presenta invece come regole perfettamente razionali. Volendo esporre le idee fondamentali della materia, e dare del tutto una equa idea, ei crede, dice egli, non poter meglio giungere al suo fine che rapportando le osservazioni di Bigot-Preameneu ; ed infatti prende per introduzione il singolar passo in cui Bigot sviluppa la sua confusione della obbligazione col contratto, e ci dice che le *obbligazioni* senza la speciale denominazione della legge si chiamavano in Roma *contratti innominati*. Tal sistema di Poujol è da lui applicato in tutto il corso del suo lavoro, in cui le idee spesso tanto false dei compilatori vi sono adottate, siccome i principî più esatti.

E non solo l'onorevole magistrato nuo

ıggiustato alcuno dei falsi principii dei ›ilatori, ma si è spinto più oltre, e ›ro, non che di Toullier e Duranton, uesta via tanta funesta alla scienza i la spiegazione dello articolo 1109 ›3)).

31. In breve e per qui accennare lo ›o vero del nostro titolo, diremo: Il o pone principi generali in pria sui :ratti, di poi sulle obbligazioni derii o dai contratti o da tutt' altra sorte. — Dividesi in sei capitoli, che tratɔ il I della natura e della classificane dei contratti, il II delle condizioni :essarie per la formazione e validità dei ntratti, il III dello effetto dei contratti e dello effetto delle obbligazioni (contrattuali o nò); il IV delle varie specie di obbligazioni, il V dell'estinzione delle obbligazioni, ed il VI della prova delle obbligazioni, e di quella del loro pagamento.— Il seguente titolo tratta delle sorgenti delle obbligazioni diverse dal contratto.

Noi daremo il sunto di tal titolo unitamente a quello del seguente per racchiudere in unico lavoro tutta la materia delle obbligazioni. Ma per il comentario seguiremo, come sempre, le divisioni e gli articoli del Codice, eccetto pel capitolo III del nostro titolo, in cui ci bisognerà necessariamente intervertire l'ordine delle sezioni.

CAPITOLO PRIMO

DISPOSIZIONI PRELIMINARI

382. Si è detto che questo capitolo ha ɜr iscopo la definizione del contratto producente le obbligazioni, e la distinzione delle sue diverse specie.

1101 (1055). — Il contratto è una con'nzione mediante la quale una o più per›ne si obbligano, verso una o più persone, a dare, a fare o a non fare qualche cosa.*

SOMMARIO

Che cosa è un contratto. La definizione dell'articolo poco esatta per l'antico dritto, è completamente insufficiente nel sistema del Codice. Si applica solo ad una delle tre specie dei contratti, al contratto producente le obbligazioni.

II. Che cosa è un' obbligazione. Differenza tra le obbligazioni, e i doveri generali. Rimando per un errore di Troplong.

I. — 383. La definizione del contratto ata da quest' articolo, che gli sarebbe tata propria altra volta, è profondamente nesatta, e assai ristretta nel sistema del Codice che ha distintamente ampliato il senso della parola *contratto*, rendendolo sinonimo di *convenzione*. Ciò richiede uno sviluppo.

Allorchè due, o più persone sono d'accordo tra loro, qualunque ne sia l'oggetto, purchè elleno abbiano creduto di fare un atto giuridico) havvi allora unione di volontà, *consensus in idem placitum*, in somma, convenzione. — La convenzione infatti (da *venire cum* riunirsi, incontrarsi) è l'armonia delle volontà. Se l'oggetto sul quale si è d'accordo, non ha nulla di giuridico, se per esempio ci siamo reciprocamente promesso che l'un dei due cercherebbe l'altro per andare al passeggio, vi sarebbe sempre convenzione, ma non un atto di cui s' interessa la legge: noi par-

* I contratti, fuori i casi eccezionali, van regolati dalle leggi del tempo in cui furono fatti. C. S. di Napoli, 29 luglio 1851.

liamo solo della convenzione giuridica, di quella che fa legge tra le parti (art. 1134 (1088)).

Le cose possibili d'una convenzione variano all'infinito, ma rientrano tutte in un numero piccolissimo di categorie. Ve n'erano due un tempo, ed il nostro Codice ve n'ha aggiunto una terza. Nel dritto romano, e nella nostra antica giurisprudenza la convenzione avea sempre per iscopo 1° di creare obbligazioni, 2° di estinguere obbligazioni preesistenti. « Una convenzione, dicea Pothier (n. 3), è il consenso di due o più persone, onde formarsi fra loro qualche impegno, o risolverne altro precedentemente fatto. Ma oggi la convenzione può avere inoltre per iscopo ed effetto immediato, 3° di trasferire la proprietà (V. art. 1138 (1092)).

Le convenzioni adunque nel nostro dritto 1° creano obbligazioni, o 2° le estinguono, o 3° trasferiscono la proprietà, o i suoi smembramenti. Di queste tre classi di *convenzioni*, la prima soltanto dovrebbe rigorosamente avere il nome di *contratto*, perchè per *contrarre* si è sempre compreso, legarsi, imporsi un legame, sottoporsi a un' obbligazione; di modo che il contratto era la convenzione obbligatoria, la convenzione producente un impegno. Dippiù leggesi in Pothier (*ibid.*) « Un contratto è una *specie* di convenzione..... Una specie di convenzione che mira a formare qualche impegno, chiamasi *contratto* ». Ma il Codice nel nuovo linguaggio confonde il contratto colla convenzione. Per esso tutte le convenzioni sono contratti, e confondendo il contratto coll'obbligazione che ne deriva, fa che *l' obbligazione*, *il contratto e la convenzione*, diventino spesso nei suoi testi, sinonime espressioni che rappresentano una sola ed unica idea. Così negli art. 1136, 1138, 1140, 1141 (1090, 1092, 1094, 1095) diremo dell'*obbligazione* di donare, o di lasciare in proprietà un determinato oggetto, per indicare la convenzione di trasferire la proprietà della cosa. Così pure l'art. 711 (632) ci parla dell'acquisto della proprietà per *l'effetto* DELLE OBBLIGAZIONI; per indicare non solo la tradizione che realmente è un effetto, una conseguenza dell' obbligazione, ma altresì la *convenzione* medesima.

384. Se l'identificazione dell'obbligazione col contratto che la genera, trae conseguenze per cui non può adottarsi, non è così dell' identificazione del contratto con la convenzione, e però può seguirsi su quest' ultimo punto la terminologia del Codice. Può ammettersi senza alcun pericolo che *contratto* e *convenzione* sieno sinonimi; e si avranno allora tre classi di contratti; contratti producenti obbligazione, contratti che le estinguono, e contratti che trasferiscono la proprietà. — Ma estesa così la antica natura del contratto, bisogna anche estendere la sua definizione applicandogli quella che fu già data alla convenzione. Ciò non han compreso i compilatori nel loro procedimento illogico e senza metodo; dopo avere assomigliato il contratto alla convenzione, la specie al genere, han dato nel nostro capitolo una definizione e una distinzione conveniente solo all' antica natura del *contratto*, mentre gliene ebbero attribuito *una diversa* e *più* estesa. Hanno essi *definito* e diviso l'antico contratto, che è soltanto una delle tre specie di quello attuale, il contratto che produce obbligazione.

Il nostro art. 1101 (1055) definisce il contratto che genera obbligazioni, e non il contratto in generale. La definizione non è esattissima e quasi conviene alla *cosa definita*; perchè l'articolo parla solo di *obbligazioni che* formansi da un solo lato, mentre il contratto crea spesso obbligazioni da una parte e dall'altra, reciproche obbligazioni; la definizione data è propria del contratto *unilaterale* (art. 1103 (1057)). Ed ella non abbraccia il *contratto bilaterale* o sinallagmatico (art. 1101 (1055)). Pothier avea detto « Una convenzione con la quale *le due parti reciprocamente, o solo l' una di esse* s'impegnano... » (n. 3).

Oggidì, e secondo il sistema del Codice chiamasi contratto o convenzione lo accordo stabilito tra molte persone o per formare una o molte obbligazioni, o per

guere o modificare obbligazioni già te, o finalmente per un trasferimento diato di proprietà, o di dritti reali.

5. Il contratto può avere in uno molti iesti oggetti, ovvero un solo. Quando enghiamo che vi pagherò 50,000 fr. i mi fabbricherete una casa, il nostro ratto tende a formare due obbligazio- Essendomi voi debitore di 300 fran- restativi, ed io di un cavallo legatovi da padre; se fra noi si conviene di te- i sdebitati reciprocamente, il nostro tratto mira ad estinguere le nostre due bligazioni. Se due contadini incontratisi io col suo cavallo, l'altro col suo bue, scambiano incontanente gli animali, il ntratto ha prodotto un reciproco trasfe- iento di proprietà. Ma se io vi vendo mia casa per 25,000 franchi, il nostro ntratto produce in uno il trasporto della oprietà della casa, e due obbligazioni: mia di mettervi in possesso della casa, vostra di pagarmene il prezzo. Che se i assentite che io vostro debitore di 3 ila franchi resti liberato dandovi invece io dei miei cavalli che vi consegnerò en- o un mese, il contratto ha prodotto in- eme 1° una obbligazione, 2° la estinzione una altra, 3° un trasferimento di pro- rietà; avvegnacchè 1° il mio debito di 3 ila franchi era estinto, 2° sono obbligato conservare il cavallo e consegnarvelo ntro un mese, 3° il cavallo fin da oggi vostro

Così il contratto, secondo è inteso dal odice, può produrre obbligazioni quando ure ne estingua altre, o trasferisca dritti eali; ma siccome non sempre ne produ- e, e quando ne produce può anche ge- ierare altri effetti, così è dello intutto ine- satta la definizione del nostro articolo. Il quale insieme con l'intero capitolo si ap- plica al contratto in quanto genera obbli- gazione.

II. — 386. Sebbene abbiam di volo de- finita la obbligazione, pure bisogna immo- rare un poco sulla sua indole. Dessa è un legame giuridico che costringe una persona specialmente determinata a dare, procurare, fare o non fare qualche cosa in vantaggio di altrui.

Dare nel senso tecnico della parola, *dare*, importa trasferire la proprietà e si oppone a *praestare* che significa procurare, lasciare, fare ottenere con qualunque altro titolo che non sia quello di proprietario; ma spesso la parola *dare* in un senso generico comprende l'una e l'altra idea, e nel nostro articolo è usata in questo senso lato. Quanto alle parole *fare* e non *fare*, si comprende che una obbligazione possa aver di mira o lo astenersi da un fatto, ovvero un fatto. Se posso obbligarmi a farvi il vostro ritratto, o a fabbricarvi una casa, posso altresì obbligarmi a non piantare alberi sulla parte del mio terreno che è innanzi la vostra entrata, a non chiudere la parte del mio bosco che confina col vostro, ecc.

387. Più difficilmente si comprende che evvi obbligazione propriamente detta, nella necessità imposta specialmente a tale, o tale individuo, e non in quella che sarebbe comune a tutti. — Quando voi mi avete venduto la vostra casa, o ceduto l'usufrutto del vostro podere, siete obbligato a non disturbarmi nel godimento di quell'immobile, ma questa non è un' *obbligazione* di non fare. Perchè questa necessità non è per nulla personale, ma è comune a tutti; per voi come per gli altri è conseguenza, e correlazione del mio dritto reale esistente *erga omnes*. Tale necessità, generale e comune a tutti, corrispondente al dritto reale, forma un dovere che senza meno ognuno è obbligato a rispettare come una obbligazione personale; ma essa non costituisce l'obbligazione consistente solo nella necessità particolare a tale individuo, corrispondente al dritto puramente personale, al credito. È stata da noi cennata tale idea importantissima, nel confutare la dottrina di Troplong sulla pretesa natura reale del dritto dei locatarj d'immobili (art. 526, n°. IV (449 M)).

1102 (1056). — Il contratto è *sinallagmatico* o *bilaterale*, quando i contraenti

si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri.

1103 (1057) — È *unilaterale*, quando una o più persone si obbligano verso o più persone, senza che per part queste ultime siavi alcuna obbligazio

388. I contratti che producono obbligazioni sono bilaterali, od unilaterali; secondo creano obbligazioni da una parte e dall'altra, o da una sola.

Quando conveniamo che mi fabbricherete una casa pel prezzo di 25,000 fr., il contratto è bilaterale o sinallagmatico, poichè scambievolmente ci siamo obbligati, voi a far la fabbrica, io a pagarvene il prezzo. Non così quando vi do in deposito il mio cavallo, o v' incarico d'un mandato che voi accettate. Il contratto allora è unilaterale; perchè non vi è obbligazione alcuna per parte mia; voi solo siete obbligato o a conservare e rendermi il mio cavallo, o ad eseguire il mandato di cui vi siete incaricato.

Intanto molti contratti unilaterali presentano, rispetto all' obbligazione attuale imposta all'uno dei contraenti, una obbligazione a cui l' altra parte è eventualme sottomessa. Obbligandovi a conserva e a restituirmi un oggetto che vi do deposito, io mi obbligo a pagarvene le s se che son necessarie per conservarl incaricandovi di un mandato, mi obbl a ristorarvi delle spese, che per l'esec zione di esso dovreste fare. Ma tali o bligazioni, il cui contratto fa nascer sol l'eventualità, la possibilità, si effettua con fatti posteriori, coll' esecuzione della convenzione. Il contratto che in tal caso chiamasi sinallagmatico imperfetto, è sempre unilaterale, e non sarebbe governato dalla regola dell' art. 1325 (1279 I), secondo il quale la scrittura destinata a raccertare un contratto sinallagmatico deve farsi in doppio originale.

1104 (1058) — È *commutativo*, quando ciascuna parte si obbliga a dare o fare una cosa che viene riguardata come l'equivalente di ciò che gli si dà, o di ciò che si fa per essa.

È contratto d' *azzardo*, quando l'equivalente consiste nell' avventurare, tanto da una parte che dall' altra, il guadagno o la perdita ad un avvenimento incerto.

389. Di quest' opposizione tra il contratto commutativo, e il contratto aleatorio dovea parlarsi dopo gli articoli 1105, 1106 (1059, 1060) che dividono i contratti in contratto di *beneficenza*, e contratto a *titolo oneroso*, essendo una suddivisione del contratto a titolo oneroso.

Quando dall'una parte e dall'altra intendesi procurare un vantaggio, il contratto è a titolo oneroso. Se di entrambe le parti il vantaggio è certo, il contratto è commutativo. Se invece il vantaggio voluto da ognuna delle parti, o da una soltanto è dubbio, vi è *alea*, il contratto è aleatorio. Dandovi io il ricolto che si caverà da' miei pomi, in tre o quattro mesi, in cambio delle pesche che voi farete in questa settimana, essendo tutto incerto per ambidue, il contratto è aleatorio.

Non sarebbe del pari se vi vendessi il futuro ricolto dei miei pomi per la somma di 300 fr. sebbene il rischio fosse per una parte soltanto.

Vero si è che il testo del nostro articolo richiede che vi sia *dubbio di guadagno o di perdita per ognuna delle parti*. Ma l'art. 1964 (1836) spiega che il contratto aleatorio è quello, i cui effetti dipendono da un avvenimento incerto, quanto ai vantaggi e alle perdite sia per tutte le parti, *che per una o per molte*. Del resto, quand'anche l'obbligo dell'una delle parti sia stabilito immediatamente, e solo incerto l' equivalente, può dirsi esservi dubbio di guadagno, o di perdita per le due parti, e tale sembraci essere nel nostro articolo il pensiero dei compilatori. Vendendovi quel che trarrò colla mia rete

per 25 franchi perderò in questa vendita prendendo 40 fr. di pesce, e vi guadagnerò invece prendendone 10, o 12 fr.

1105 (1059) — Il contratto di *beneficenza* è quello in cui una delle parti procura all'altra un vantaggio meramente gratuito.

1106 (1060) — Il contratto a *titolo oneroso* è quello che assoggetta ciascuna delle parti a dare o a fare qualche cosa.

390. Si è detto come il contratto a titolo oneroso, definito con poca esattezza dal nostro art. 1106 (1060), è quello in cui ognuna delle parti crede procurarsi un vantaggio, e fare un negozio interessato; il contratto invece è di beneficenza, quando l'una delle parti rende all'altra un servigio, procurandole un vantaggio che a se non frutta alcun *bene*. Prestandomi il vostro cavallo, o incaricandovi di un deposito che vi confido, o accettando un mandato che vi offro, il contratto è per voi un atto di beneficenza, un servizio gratuito. Ma se stipulate un prezzo pei vostri servigi, allora il comodato, il deposito, e il mandato si cangerebbero in locazione, e diverrebbero contratti a titolo oneroso.

La definizione dell'art. 1106 (1060) non è rigorosamente esatta; per esempio, se vi debbo una quantità di olio, e voi consentite a liberarmene a patto che ve ne paghi la somma di..... in tre mesi, è questo un contratto unilaterale, col quale io solo sono obbligato, ed è pure a titolo oneroso. L'articolo dunque a torto ha voluto che il contratto obblighi *ognuna* delle parti a *dare* o a *fare* qualche cosa.

1107 (1061). — I contratti, sia che abbiano una propria denominazione, o che non ne abbiano, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto del presente titolo.

Le regole particolari per determinati contratti vengono stabilite in appresso sotto i titoli relativi a ciascuno di essi; e le regole particolari riguardanti oggetti commerciali vengono stabilite dalle leggi sul commercio. *

391. I varî contratti coi quali le persone possono fra loro obbligarsi, sono tanto varii da non potere dare ad ognuno un nome speciale. Noi quindi come i Romani avremo contratti *nominati* e *innominati*. Ma la simiglianza va anche oltre. In Roma qualunque contratto non nominato cioè specialmente e nominatamente preveduto dalla legislazione, non poteva derivare dal solo consenso, dal semplice accordo delle parti (il quale accordo sarebbe stato un patto non civilmente obbligatorio); ma si formava con la esecuzione del patto, *re*, in guisachè vi era contratto innominato quando si era in un caso preveduto da una delle formole, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Da noi al contrario i contratti innominati, come i nominati, si formeranno col solo consenso; avvegnacchè non abbiamo più patti, e il semplice accordo di obbligarsi crea immediatamente l'obbligo e forma il contratto.

Del resto, mentre il contratto *nominato* designato dalla legge sarà necessariamente governato dalle regole speciali del Codice, i contratti innominati in massa van soggetti ai principî generali del nostro titolo; ma ciò non impedirebbe che si applicas-

* La definizione dei contratti riposa sulla loro essenza e sui caratteri differenziali di ciascuno, dalla legge espressamente determinati. Indarno quindi si tramuterebbe un deposito in prestito, ed una vendita in affitto. Ed il magistrato seguendo inavvedutamente queste metamorfosi originale dall'ignoranza o dalla malizia, non interpreta le clausole dubbie di un contratto, ma lo disnatura; non emette un giudizio di fatto, ma risolve una quistione di dritto, violando apertamente la legge che lo aveva diversamente qualificato. C. S. di Napoli, 18 genn. 1853.

sero ad un contratto innominato tutte o alcune regole del contratto nominato con cui avrebbe maggiore analogia.

392. I contratti, oltrechè si dividono 1° in *sinallagmatici* e *unilaterali*, 2° in *gratuiti* e *onerosi* (i quali ultimi si suddividono in *commutativi e aleatori*), 3° in *nominati* e *innominati*, si dividono pure, 4° in *principali* ed *accessori* e 5° in *solenni* e *non solenni*.

Un contratto è principale o accessorio secondo che può esistere da se, ovvero congiunto ad un altro, come la concessione d'una ipoteca.

Il contratto è o no solenne secondo che la sua esistenza legale dipenda o pur no dalle formalità che dee compiere un pubblico ufficiale. Non parlando del matri nio, della adozione che non sono con pecuniari e di cui non può occupars nostro titolo, vi sono tre contratti s ni, la donazione, il contratto d'ipotec il contratto (pecuniario) di matrimoni quali debbono farsi con atto notarile ticolo 931, 1394 e 2127 (855, 13 e 2013)). I contratti solenni che debb farsi per pubblica scrittura sono per c soli contratti letterali; imperocchè se a volte un testo speciale vuole la scrittu ove l'oggetto del contratto ecceda i 150 gli è solo per la prova del contratto, e m mai per la sua validità (art. 1341, 183 2044 (1294, 1706, 1916)).

CAPITOLO SECONDO

DELLE CONDIZIONI ESSENZIALI PER RENDER VALIDE LE CONVENZIONI

1108 (1062). — Quattro condizioni sono essenziali per la validità di una convenzione:

Il consenso di colui che si obbliga;

La capacità di *contrattare*;

La certezza della cosa che forma soggetto della convenzione;

Una causa lecita per obbligarsi.

SOMMARIO

I. Queste condizioni sono essenziali non per la esistenza del contratto, ma per la sua validità.

II. 1ª condizione. *Accordo delle volontà.—Della pollicitazione. L'accettazione dell'altra parte non ha bisogno d'esser nota alla prima perchè si formi il contratto: dissenso da Merlin e Toullier, ec.*

III. 2ª condizione: *Capacità legale della parte che si obbliga. Lo stato di chi è senza ragione, non costituisce una semplice incapacità legale, ma una mancanza di volontà per cui non può formarsi il contratto: censura di Zachariæ.*

IV. 3ª condizione: *Un oggetto dell'obbligazione, lecito e abbastanza determinato.*

V. 4ª condizione: *Una causa lecita della obbligazione.*

VI. In alcuni casi è necessaria una quinta condizione.

I. — **393.** In quest'articolo s'indicano le condizioni essenziali, gli elementi indispensabili perchè una convenzione sia valida, non già perchè *esista*. Qui non meno che per le domande di nullità di matrimonio (art. 180 (T)) e per l'azione di nullità delle convenzioni (art. 1304 (1258)), non si tratta dei casi in cui il contratto non esiste, ma soltanto di quei casi in cui il contratto ha un vizio, che può farlo annullare.

Male quindi si è censurata la parola *essenziali* usata dal nostro articolo e dalla rubrica del nostro capitolo. « Le condizioni richieste, si è detto, non sono tutte essenziali; avvegnachè non ostante l'incapacità di una parte, per modo di esempio, il contratto ugualmente si formerebbe; talmentechè sarebbe inoppugnabile dall'altra parte (art. 1125 (1079)) ed anche dalla parte incapace dopo dieci anni da che è cessata la incapacità (art. 1304 (1258))...

Senza fallo la incapacità non è essenziale perchè il contratto si formi, ma perchè sia valido; e delle condizioni essenziali per la *validità* parlano la nostra rubrica ed il testo del nostro articolo. Per tal riguardo non è a censurarsi il Codice.

D' altronde la legge che si occupa dei contratti viziosi, e non di quelli che non esistono, e ne rassegna gli elementi essenziali alla validità del contratto, indica pure e forzatamente quelle condizioni indispensabili perchè il contratto si formi, quale è il consenso senza di cui non potrebbe certamente esistere la convenzione.

Quattro sono le condizioni essenziali alla validità del contratto, delle quali alcune necessarie alla sua stessa esistenza.

II.—394. La legge vuole dapprima *il consenso della parte che si obbliga* cioè: il suo assenso alla volontà dianzi manifestata dall'altra parte. Infatti la parola *consenso* suppone una prima volontà a cui si accosta la volontà di chi consente. Non si consente da se solo.—Pure la legge qui è poco esatta; avvegnachè da una parte parrebbe che l'articolo dicesse che una sola parte si obbligherà, mentre dovevasi egualmente prevedere il caso pur frequente di obbligazioni reciproche, di contratti sinallagmatici. E poi nello stesso contratto unilaterale, non sempre la parte che solo si obbliga consentirà alla proposta dell'altra, potendo questa farsi dalla parte che dee obbligarsi, e allora il consenso sarà dato dall'altra. Bisognava dunque richiedersi più generalmente *il consenso delle parti*.

La proposta di chi si offre di obbligarsi, finchè non sia accettata dall'altra parte, dicesi di ordinario *pollicitazione* (da *polliceri*, promettere). Tal pollicitazione, non accettata dall'altra parte, non sortisce alcun effetto. e può esser sempre rivocata (art. 1212, paragr. 3, 1261 (1165, 1214)). Al contrario, manifestato l'assenso della altra parte alla offerta fatta dalla prima in qualsiasi tempo, purchè quella sia viva e possa consentire, formasi il contratto, esiste la obbligazione, e non può più ritrattarsi la pollicitazione. Gli è pur evidente che ove colui che propone avesse accordato all'altra parte un termine per l'accettazione, non potrebbe rivocare le sue offerte pria che quello spiri; e al contrario, se avesse dichiarato far l'offerta con la condizione di essere accettata in un dato termine, scorso questo la offerta sarebbe rivocata *ipso facto*.

395. Tutto ciò è semplice, ma è molto controverso, massime nelle vendite per corrispondenza, se per formarsi il contratto basta che le offerte sieno accettate in tempo utile, ovvero bisogna che l'accettazione sia nota a chi propone.

Da una mano, si dice che un consenso *retentum in mente*, una volontà non nota è in dritto come se non esista (1). Ma dall'altra si risponde (ed è questo pure il nostro avviso) che la volontà non è più *in mente retenta*, quando è espressa, manifestata al di fuori, quantunque non sia pervenuta ancora all'altra parte (2). Se bisognasse aspettare che il proponente conoscesse la volontà di chi accetta, dovrebbe anche richiedersi conseguentemente che chi accetta sappia poi che la sua manifestazione sia nota a chi propone innanzi che questi abbia rivocata la sua; perocchè fino a quel punto chi accetta potrebbe dire, secondo lo stesso principio, di non conoscere se il contratto fosse o pur no formato, e non potere esser legato a sua insaputa da un contratto. Ove ne andremmo se fosse necessario che ciascuna parte conoscesse il pensiero presente dell' altra? Certamente una volontà *retenta in mente* è in dritto come se non esista; ma qui supponiamo una volontà espressa, manifestata da una parte e dall' altra. La volontà manifestata da chi propone, sussiste finchè da lui non sia rivocata; e manifestata che è quella di chi accetta, coesistono le due volontà, evvi il contratto.—

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Vente*, § 1, art. 3); Toullier (VI-29); Pardessus (*Dr. comm.*, I-250); Delvincourt, Troplong (*Vente*, n. 25).

(2) Duranton (XVI-45); Duvergier (*Vente*, I-58), Zachariae (II, p. 465); Championnière e Rigaud (I-189).

La regola diversa dell'art. **932** (**856**) relativo alle donazioni, come le altre regole di quella materia, è di certo una eccezione che non potrebbe rendersi generale. La mancanza di notifica nuoce solo alla perfezione del contratto rispetto al donante; il contratto si forma sempre coll'accettazione stessa del donatario, ma è soltanto risolubile per la revoca fatta dal donante.

III. — **396**. La capacità della parte che si obbliga, è la seconda condizione necessaria perchè il contratto sia valido.

Qui la condizione è richiesta per la sola parte che si obbliga, avvegnachè chi non si obbliga non deve esser capace di obbligarsi: l'incapace purchè possa consentire e consenta, può sempre obbligare gli altri in suo vantaggio, stipulare e far migliore la sua condizione. E quando pure il contratto sia sinallagmatico, l'incapace con cui vi obbligate si obblighi con voi, il contratto sebbene vizioso non può da voi essere impugnato, essendo la incapacità stabilita in vantaggio dello incapace, di modo che egli è libero di fare annullare la convenzione, o di pretenderne l'adempimento (art. **1125** (**1079**)).

397. Non decsi confondere la incapacità puramente legale di contrarre di cui discorriamo, con la incapacità naturale di consentire, che rientrerebbe nella prima condizione. La donna maritata, incapace di contrarre senza autorizzazione del marito o del magistrato, è infatto capace di consentire; del pari un giovane da **19** a **20** anni, il quale essendo pienamente capace di comprendere quel che fa, è in dritto, incapace di contrarre alcuna obbligazione perchè ancora in tutela. La capacità di contrarre vuolsi perchè la convenzione sia valida, non perchè si formi; e la sua mancanza dà luogo allo annullamento che può domandarsi entro i dieci anni da quando è cessata l'incapacità. Al contrario, la capacità di consentire è essenziale alla esistenza medesima del contratto. Il difetto di capacità produce necessariamente mancanza di consenso e quindi non v'è convenzione; non potrebbe infrangersi dentro un [illegible] termine un contratto che non esiste. [illegible] un giovane, un demente, un ubbriaco [illegible] sieno fuori senno, un ammalato delir[illegible] firmi un atto di vendita, nulla si è fa[illegible] ed il preteso contratto è radicalmente perennemente nullo.

Pure l'ebbrezza secondo Toullier (VI-[illegible] e non solo l'ebbrezza o il delirio, ma [illegible] che la follia secondo Zachariae (II, pagina 467) sarebbero casi di semplice [illegible] capacità, e il contratto può andar s[illegible] soggetto ad annullamento. Secondo quest[illegible] strana dottrina, l'atto di un demente non sarebbe mai nullo, anzi potrebbe annullarsi non già per la demenza, ma solo per effetto della sentenza d'interdizione. Ma tal sistema non può certamente sostenersi, si contraddice da se stesso. Imperocchè, se la demenza anzichè produrre una nullità radicale per manco di consenso rendesse semplicemente annullabile l'a[illegible] per la forza dell'interdizione, il delirio l'ebbrezza che non possono avere maggiore effetto, e per cui non potrebbe pronunziarsi una interdizione, farebbero che il contratto non solo esistesse, ma fosse pienamente valido. Delle due cose l'una: o dichiarar valide le convenzioni fatte nel delirio e nell'ebbrezza che priverebbero della ragione, o dichiararle radicalmente nulle per manco di consenso. Nessuno oserebbe sostenere la prima idea, e la seconda è evidentissima, dacchè la convenzione è il consenso stesso (1).

IV. — **398**. Il nostro articolo in terzo luogo vuole *un oggetto certo* per materia dello impegno, della obbligazione. Il quale terzo elemento è, come il primo, per forza delle cose, indispensabile alla esistenza medesima della convenzione, avvegnachè non potrebbe concepirsi una *obbligazione* senza oggetto: quando alcuno si obbliga, si obbliga necessariamente a *qualche cosa*. Ma la legge non vuole soltanto che la obbligazione abbia un oggetto, ma che *desso* sia certo.

Il senso vago di tale espressione vien spiegato dall'art. **1129** (**1083**) il quale dice

(1) Ved. Pothier (n. 3, 49, 51); Duranton (X-103); Angers (12 dic. 1823).

l'oggetto dell'obbligazione deve essere rminato almeno nella sua specie, e se rta può esser la quota della cosa che a l'oggetto, dee almeno potersi deterare. Quando io mi obbligo a darvi un male, non vi sarà contratto, perchè ggetto della obbligazione non è deterato nè nel suo individuo, nè nella sua cie. E infatti obbligarmi a darvi *un anile*, non importa obbligarmi sul serio, ma uno scherzo, potendo darvi una mo-, un vermicciuolo, un oggetto di nessun ore; come anche se mi obbligassi a fare r voi *una qualche cosa*. Ma se invece indicare un genere tanto vago che io n ne sono per nulla legato, abbia deminato o l'individuo, o almeno la spe-; se vi ho promesso il tal cavallo, o solnto un *cavallo* addetto a quel servigio, ervigio indicato se non dai termini della onvenzione, almeno dalla vostra stessa ondizione) l'oggetto è determinato in modo he il legame è serio, e l'obbligazione è rmata. Parimente, obbligandomi a provedervi *del pane* senz' altro, non vi è obligazione, ma se il pane che debbo darvi er tre mesi, serve per vostro alimento, la orzione che non è determinata, lo può falmente essere, e l'obbligo è valido.

Dunque il nostro articolo volendo un *ogetto certo*, vuole un oggetto abbastanza deerminato, perchè il debitore sia seriamente egato; un oggetto il cui valore o il proотto fossero talmente determinati ed asicurati, da non potere il debitore ridurli nulla.

399. Sebbene il nostro articolo voglia oltanto che l' oggetto della obbligazione ia certo, cioè abbastanza determinato da egare realmente colui che si obbliga, pure oggetto deve anche esser lecito. Se io rometto per una somma di uccidere il tale, a mia pretesa obbligazione, sebbene abbia n oggetto determinato, è radicalmente nulla senza alcuna esistenza, non essendone leito l' oggetto. Gli attentati alla vita, all' onore delle persone, e in generale i delitti non possono formar la materia di una stipulazione, non essendo cose di commercio; le quali soltanto secondo l'art. 1128 (1082) possono formare l' oggetto delle convenzioni.

V.—400. Il quarto ed ultimo elemento necessario è una causa lecita dell' obbligazione. Abbiamo avuto il destro di dire che nel linguaggio del dritto non deesi intendere *per causa dell' obbligazione*, la causa del contratto, od anche la causa dell'obbligazione nel linguaggio ordinario. Vendendovi il mio podere, la causa del contratto, o se si vuole, della mia obbligazione, il motivo determinante, sarà ora la necessità di pagare considerevoli somme, ora il progetto di acquistare rendite o case in cambio delle mie terre, onde crescere la mia rendita, ora di dotare mia figlia. Ma in dritto non si considerano questi motivi primi, ma solo il motivo ultimo ed immediato della obbligazione che costituisce la sua causa giuridica; obbligandomi a darvi il mio podere, il motivo immediato, la causa giuridica della mia obbligazione, si è l'obbligazione vostra di pagarmi una somma di denaro, qualunque ne sia l' impiego che io debba farne. —Similmente, consentendo di rilasciarvi la mia casa di Parigi in cambio del vostro terreno di Auteuil, non monta che io voglia farne un vigneto, o costruirvi una casa di piacere, o una fabbrica da dare in affitto, non montano infine i motivi determinanti; in tutti i casi, l'obbligazione vostra di rilasciarmi il terreno, è la causa della mia di rilasciarvi la casa.

Nei contratti sinallagmatici l' obbligo di una parte è sempre la causa dell' obbligo dell' altra: la *causa* di ciascuna obbligazione è il desiderio di conseguire ciò che forma l'*oggetto* dell'obbligazione. —Essendo il contratto unilaterale ed una sola la obbligazione, questa sendo a titolo oneroso, ha la sua causa nel conseguire quel vantaggio procurato dall'altra parte; sendo a titolo gratuito, ha la sua causa nel desiderio che ha l' una parte di render servigio all' altra.

401. La legge non vuole che la causa prima la quale infatti ha determinato la parte a contrarre, abbia questo o quel carattere, ma solo che non sia illecita la causa immediata della obbligazione. Così

obbligandomi a darvi il mio campo per la somma di 10,000 franchi che mi servono per far commettere un delitto, è sempre valida la mia obbligazione verso di voi, nè potrei ricusarmi a rilasciarvi il campo venduto. Ma quando poi prometterò a Pietro di pagargli i 10,000 franchi in prezzo del delitto che ci promette di fare, allora saranno nulle le nostre obbligazioni, la mia perchè non ha causa lecita, e la sua per mancanza di oggetto lecito; e nessuno di noi potrebbe costringere l'altro allo adempimento.

VI.—402. La legge dichiara neces rie le quattro condizioni da noi spieg che sono le sole indispensabili in pri pio e pei contratti ordinari. Ma per ec zione è necessario un quinto elemento tre contratti letterali e solenni. La sc tura in questo caso non vuolsi soltanto provar la convenzione, ma diventa una c dizione essenziale perchè essa esista galmente; purchè sia accompagnata dal formalità (art. 1107 *in fine* (1061)).

SEZIONE PRIMA

DEL CONSENSO

1109 (1063).—Il consenso non è valido, se è stato dato per errore, se fu estorto per violenza, o carpito pel dolo.

SOMMARIO

I. Qui non si tratta della inesistenza del consenso, ma del consenso vizioso, che può essere revocato. Inesattezza di Toullier, e di Duranton: errore di Poujol.

II. Il dolo, non è propriamente un vizio di consenso, come al contrario è la lesione perchè l'articolo non ne parla. Divisione della sezione.

I.—403. Questo articolo prova ciò che abbiam detto più d'una volta, e che i comentatori spesso dimenticarono, cioè di non trattarsi qui della mancanza del consenso, ma solo dei casi in cui il consenso dato realmente, abbia un vizio per cui si può far rivocare infrangendo il contratto. Imperocchè la legge parla di un consenso che non è *valido* per essere *stato dato* in conseguenza dell'errore, della violenza o del dolo. Se il consenso è *stato dato* (per qualsia causa) esso esiste; e bisogna che esista, perchè si possa dire se sia o no valido. D'altronde, se il consenso non esistesse, il contratto non si sarebbe formato, nè l'obbligazione nata, e quindi non potrebbe trattarsi di fare annullare il contratto, ed estinguere la obbligazione. La legge più innanzi ci dirà che l'azione di nullità per errore, violenza, o dolo è una delle cause onde si estingue la obbligazione, e dove non sia intentata entro i dieci anni, sussistono sempre il contratto, e la obbligazione che ne è sorta (art. 1234, 1304 (1187, 1258)).

Se dunque io mi dolessi di un errore, o d'una violenza che realmente escludesse il consenso; se quando voi volete vendermi la vostra casa di Auteuil, io intendessi quella di Parigi; ovvero se per la violenza cui soggiacqui, fui costretto di viva forza a sottoscrivere senza la mia volontà, non sarebbe questo il caso previsto dai nostri articoli. Mancherebbe allora il consenso; mancherebbe il contratto; il nostro articolo non parla, nè dovea parlare che del caso in cui il consenso è *stato dato*, ma dato in circostanze, per cui si può fare annullare.

404. Fa meraviglia che una teoria sì semplice, sì profondamente scritta nella natura delle cose, chiaramente indicata dal nostro art. 1109 (1063 M) e dagli art. 1117 e 1234 (1071 e 1087), così bellamente esposta da Pothier, ed anche nei lavori preparatori del Codice, non sia stata fino

ad ora compresa dal più degli interpreti, massime per ciò che riguarda la violenza. —È forza dunque dar qui un nuovo sviluppo a verità sì evidenti.

La teoria della violenza, spiegata inesattamente da Toullier (n. 76) e da Duranton (X, 138-139) (i quali credono che i nostri articoli, si applichino tanto alla violenza che escluderebbe il consenso, quanto a quella che soltanto lo rende vizioso), passata in silenzio da Delvincourt e da Zachariæ, era stata esposta tanto chiaramente (per tacere di Pothier) da Demante (II-355) e da noi stessi, che sembrava già non potervi essere nuove discussioni intorno a ciò. Ma non fu così; Poujol, il solo che abbia trattato questa materia, dopo le nostre prime edizioni, incomincia il suo comentario degli art. 1112, 1113 (1066, 1067) dallo stabilire in principio, che: « il consenso *non è reale*, se è prodotto dalla violenza; essendovi violenza, *non vi è volontà* » sostenendolo colla pretesa citazione, *voluntas coacta non est voluntas*. Or la frase citata da Poujol, e tratta dalla glossa della legge 21, § 5 del titolo *quod metus causa*, dice al contrario· *voluntas coacta* EST *voluntas*. Infatti dire che la volontà provenga da quella causa, che abbia tal qualità, importa che la volontà esiste: *quamvis, si liberum esse noluissem*, diceva quella legge, *tamen coactus volui*. Scegliere fra due cose che prima non si volevano affatto, e deliberarsi infine per la meno molesta, vale fare atto di propria volontà, *qui mavult, vult*. « Non vi è *valido* consenso, leggesi nella relazione fatta al Tribunato, se è stato dato per errore, estorto per violenza, o carpito per dolo. Ma chi pretende essere stato costretto, ingannato, o sorpreso, deve provarlo: *se no, l'impegno resta in tutto il suo vigore* » (Fenet, tomo XIII, pag. 369). E in vero, se non vi fosse volontà, non vi sarebbe contratto. nè obbligazione, e quindi, come parlarsi di far cessare questa obbligazione, annullare questo contratto? Come l'uno e l'altra sarebbero inattaccabili scorso un certo tempo? Fa pena il dover notare siffatte dottrine in opere recenti, che avrebbero dovuto trar profitto delle verità e degli stessi errori delle antiche. Lo ripetiamo, nei casi preveduti dai nostri articoli, il consenso esiste, il contratto si forma. Se non che, siccome il consenso deriva da una causa, che la legge non deve sanzionare, l'obbligato può farlo rivocare, ed annullare il contratto.

II.—405. La legge ci espone tre diverse cause che possono rendere insufficiente il consenso; ciò sono l'errore, la violenza, il dolo. Ma vedremo che la legge non riguarda in fondo il dolo, come un vizio propriamente detto del consenso, che attacchi realmente il contratto, ma piuttosto come una causa che faccia sorgere la obbligazione personale dei danni interessi; cotalchè è un vizio puramente relativo (articolo 1116 (1070)).

Dippiù vedremo nella lesione un altro vizio reale ed assoluto del consenso (articolo 1118 (1072)); la quale causa di annullamento non è indicata dal nostro articolo, perchè non ammessa in generale, ma soltanto in certi casi eccezionali.

Dobbiamo anche spiegare quattro articoli nati da tradizioni mal comprese, e che sono più pericolosi che utili nella legge. Le quali disposizioni che potevano bene trasandarsi, non sono ben collocate nella nostra materia, in cui si tratta dei contratti che si possono fare annullare per qualche vizio del consenso, mentre quelle si riferiscono a due casi nei quali il contratto non si forma, ora perchè manca affatto il consenso, ora perchè manca l'oggetto che abbia qualche interesse pel creditore.

Occupiamoci dapprima dei quattro casi di errore, di violenza, di dolo, di lesione, e poi nel quinto ed ultimo paragrafo, degli articoli di cui abbiam fatto cenno.

§ 1.

1110 (1064).—L' errore non produce la nullità della convenzione, che quando

cade sopra la sostanza stessa della cosa che ne è il soggetto.

Non produce nullità quando non cade che sulla persona con la quale s' intende di contrattare, eccetto che la consider ne di questa persona sia la causa pr pale della convenzione.

SOMMARIO

I. L'errore impedisce che il contratto si formi, se versa sull' indole o l'oggetto del contratto ; è indifferente se versa sul motivo.

II. È desso una causa di annullamento, se versa sulle qualità essenziali, o sulla person cui, o in considerazione di cui si è tratto.

III. Inconveniente di tal disposizione; rim che si trova nella legge.

I.—406. L'errore in cui ci troviamo nel contrarre, può versare 1° sull' indole del contratto che crediamo di fare, 2° sul motivo determinante a contrarre, 3° sull'oggetto del contratto, 4° sulle qualità di esso oggetto, 5° infine sulla persona con cui si contrae.

Quando l'errore versa sull' indole del contratto; come ad esempio, se per non esserci bene intesi, voi avete creduto noleggiarmi il vostro cavallo, ed io comprarlo, non v'è allora contratto. Infatti non vi è stato fra noi accordo d' idee, incontro di volontà, ***consensus in idem placitum***. Non vi è dunque convenzione ; e siccome la legge tratta qui solo dei casi in cui il contratto esiste e può essere infranto, non ha dovuto occuparsi di questa specie di errore.

Se l' errore versa soltanto sul motivo del contratto; come ad esempio, se ho comprato il vostro cavallo supponendo morto il mio, mentre era vivo ed io poteva ancora usarne, la convenzione è sempre valida, non trattando la legge dei motivi dedeterminanti la convenzione.

Se l' errore versa sull'oggetto del contratto, ***in ipso corpore rei***; se per modo di esempio, voi intendete vendermi il vostro cavallo bianco, dove io intendeva il nero, non vi è nemmeno contratto, nè il nostro articolo dovea di ciò occuparsi.

II.—407. Dippiù l'articolo parlando dell'errore ***sulla sostanza della cosa*** non prevede tal circostanza. In filosofia intendesi per ***sostanza*** della cosa la cosa medesima nelle sue intimità, quella materia fondamentale e inaccessibile ai sen che riceve le qualità, i modi, *quod* ca ***SUB modis***, ***SUB-STANTIA***. Ma non è qu sto il linguaggio del dritto. La legge r guardando le cose sotto l'aspetto della lo utilità per l' uomo , intende per sostanza delle cose tutte insieme le loro qualità principali. Di più Pothier le cui idee sono state seguite costantemente nel nostro titolo, ci dice (n°. 18) che « l'errore annulla la convenzione, quando versa sulla ***qualità*** della cosa ***che i contraenti ebbero principalmente in mira***, e che forma la ***sostanza medesima della cosa*** ».

Ma come distinguersi le qualità principali sostanziali, da quelle puramente accessorie ed accidentali? Bisogna che si conosca la differenza avvegnachè il nostro articolo accordi soltanto l' annullamento per le prime e non già per le seconde; l'errore, egli dice, ***non è*** causa di nullità che quando versa ***sulla sostanza*** medesima della cosa. Qual sarà dunque la differenza? Deesi a nostro avviso intendere per qualità sostanziale, qualunque qualità che non capace di più o meno, fa passare l'oggetto in quella specie o in quell' altra secondo che dessa esiste o nò. — Così ho comprato dei candellieri di rame, credendoli d' oro, un cavallo normanno per uno arabo, una contraffazione, supponendola non tale, di Raffaello, di una medaglia antica, di un mobile di Boule ; in questi ed altri simiglianti casi, il contratto può annullarsi giusta il nostro articolo. *Quelle qualità*, benchè tali sieno, fanno pure che l' oggetto è la tale o tale altra cosa, *e lo pongono*

ssariamente e assolutamente in quella ie perfettamente determinata e distinta qualunque altra. Un quadro è o non è Raffaello, un cavallo è, o non è arabo; è assoluto, e non ammette più o me—. Al contrario, se ho creduto eccel- un libro mediocre, corridore un cat- cavallo, le qualità su cui allora versa ore, non sono sostanziali, dacchè, poste etto delle qualità contrarie, si scorge fra una semplice differenza dal più al no.

408. L'errore sulla persona con cui si ntratta, sarà causa di annullamento sol ando la convenzione sarà stata fatta prinalmente in considerazione della persona n cui si è creduto contrarre. Così ho dinato il ritratto a un pittore, che tengo essere Melotte perchè abita lo appartamento occupato da lui; ovvero presto nza esitanza un' ingente somma di deaio ad un vicino che me la chiede, creendolo il tal proprietario ricchissimo, ma gli è fratello a colui, e nulla possiede: tal caso io potrò fare annullare la mia onvenzione.

III. — 409. Si noti che la legge nel ermettere che si annulli la convenzione er errore sulle qualità sostanziali della osa, o sulla persona in considerazione della uale si è contratto, suppone che la voontà di una parte di avere una cosa di uella specie, o di contrarre con la tal ersona, non sia stata manifestata all'altra arte. Imperocchè, se la mia volontà fosse tata nota a colui con cui ho contratto, e gli avessi fatto conoscere l' errore in ui era, non sarebbe più il caso di annulamento per errore. Così, se vi dico che orrei comprare un Raffaello, e per tale ompro da voi un quadro, non può darsi uogo ad annullamento per errore. Infatti, e conoscendo non essere di Raffaello, oi mi dite che il quadro sia di lui, e quindi lo compro, voi mi avete ingannato, ed io posso fare annullare il contratto per dolo, giusta l' articolo 1116 (1070). Ed è sì vero che questo caso non sia più governato dal nostro articolo, che io potrei farlo sempre annullare in forza di quell'articolo, ancora quando l'errore versasse sulle qualità puramente accidentali. Se poi errando anche voi mi avete detto di buona fede essere il quadro di Raffaello, e per tale me lo avete venduto, il contratto va implicitamente soggetto alla condizione: « se il quadro è di Raffaello » ; mancata la quale non si è mai formato il contratto. Il risultamento sarebbe anche qui lo stesso, tanto per la qualità accidentale che per la sostanziale. — Se infine mi dichiarate francamente di non conoscere l'autore del quadro e vendermelo per quel che è, sta in me accettare o ricusare; e se fo il contratto, non potrò allegare poi per pretesto il mio errore. — Dunque il nostro articolo ammette l'annullamento per errore unicamente quando non ho manifestato l'errore in cui era.

Dopo ciò è forse difficile giustificare la disposizione del nostro articolo. Se avete comprato un cavallo supponendolo di quella razza, ma senza dir parola di tal circostanza; se mi avete fatto fare un ritratto prendendomi per un altro pittore, ma senza dirmi il nome di quello per cui mi scambiavate; egli è giusto che si ricompensi la vostra imbecillità con annullarsi un contratto in cui io nulla possa rimproverarmi?

Del resto l' inconveniente ha il suo rimedio. I magistrati non potranno dapprima dichiarar la nullità se non dopo provato l'errore, il che sarà d'ordinario molto difficile. D'altra mano, quand' anche l' errore fosse certo, l'altra parte potrà sempre in forza degli art. 1382, 1383 (1333, 1337) farsi ristorare del danno avuto.

§ 2. — *Della violenza o meglio del timore.*

1111 (1065). — La violenza usata contro colui che ha contratto l'obbligazione, è causa di nullità, ancorchè sia stata usata da una terza persona diversa da quella, a vantaggio della quale s'è fatta la convenzione.

410. La violenza usata contro una persona onde costringerla a contrarre, o piuttosto il timore di violenze o di pericoli minacciati, se si negasse, è una delle cause per cui si annullerebbe la convenzione consentita sotto l'impero di quella forza. Diciamo, che si tratta del timore di violenze future, anzichè dell'effetto di violenze già usate. Infatti, se io mi delibero a sottoscrivere mio malgrado un atto che stimo un male per me, lo fo per evitare un male maggiore. — Or se il male fosse interamente passato, io non potrei schivarlo, e quindi le violenze che mi si potrebbero fare nel dare il mio consenso, agiranno su di me, perchè me ne fanno temere altre. In tutti i casi, il *timore* di un male *futuro* determinerà la volontà, e il seguente articolo fa comprendere come il nostro sia mal dettato, quando dice la violenza consiste in tutto ciò che ispirare al contraente il timore di es re la sua persona o le sue sostan un male considerevole. Or siccome i more di un male considerevole ispirato togliere la libertà del consenso, fa la scelta sia infra due mali, così il c senso allora dato non è pieno ed i ro; e quindi è giusto che la conven si possa rivocare per la insufficienza quel consenso. Nè importa, che il tim sia stato ispirato dalla parte con cui s contratto, ovvero da chi è estraneo al co tratto, e inconsapevole la parte; in a i casi, il timore ha sortito lo stesso ef to, la volontà non è libera, il conse non pieno.

1112 (1066). — Il consenso si considera estorto per violenza, quando questa è di tale natura da fare impressione sopra una persona sensata, e da poter incuterle il timore di esporre la persona propria o le sue facoltà ad un male considerabile e pr sente.

Si ha riguardo, in questa materia, al età, al sesso ed alla condizione delle per sone.

411. In questo testo (in cui malamente furono dettate le parole « vi è violenza, quando sia tale... » non è ben dato il luogo, all'epiteto *ragionevole*; e non è bene adatta quell'altra espressione di *male presente*) si restringe a dire: vi sarà violenza nel senso della legge, quando affin di costringere alcuno a contrarre, gli s'imprimerà il timore, ragionevole per lui, di andare incontro inevitabilmente a un male considerevole.

Il testo, dicendo che vi è violenza quando sia tale da far la impressione cui allude l'articolo, ci dimostra che non debba aversi riguardo all'indole dei mezzi usati onde produrre tale impressione, non importando che sieno minacce semplici, o vie di fatto.

Laideadella legge, che questi mezzi debbono esser tali da fare impressione sopra una persona ragionevole, deve spiegarsi col secondo paragrafo, secondo il quale bisogna aver riguardo all'età, al sesso, e alla condizione della persona. Non è necessario, come dice il testo, che il mezzo abbia potuto fare impressione sopra una *persona ragionevole*; bastando che secondo le circostanze di età, sesso, educazione, carattere, abitudine della persona, il mezzo abbia dovuto ragionevolmente far impressione sopra di lei.

Ciò risulta dal nostro secondo paragrafo che ha mutato intorno a ciò la regola del dritto romano, il quale chiedeva che la violenza fosse tale da fare impressione in *homine constantissimo*. Pothier nel riprodurre questa idea dicea (n°. 25), che dovea esser capace da fare impressione sopra una persona coraggiosa » aggiungendo più innanzi, tal principio per la sua troppa rigidezza non potersi adottare da noi, e doversi in questa materia aver riguardo all'età, al sesso e alla condizione delle persone. I nostri compilatori, tuttocchè adottino quest'ultima idea, han pure riprodotto la prima frase, *sostituendo* soltanto *sensata* a *coraggiosa*, senza badare che la frase era sempre *inesatta*; e che

condo paragrafo altro non vuole se che un timore ragionevole e ben fon-, non già in sè e realmente, ma rito alla persona, e nell'animo di lei.

12. I nostri compilatori, seguendo serente Pothier che avea frainteso la legge ana, vogliono il timore di un male siderevole *e presente*. Pothier (*ibid.*) ava di un male « che la persona era acciata di *soffrire incontanente* » e così egli traduceva il *metum praesentem* della legge romana. Ma *metus praesens* significa il timore presente di un male, e non già il timore di un male presente.

Che monta che il male debba colpirmi immediatamente, ovvero da qui a poco tempo, se mi minaccia inevitabilmente senza aver mezzi onde schivarlo? Il male presente del testo adunque, non può intendersi che un male imminente, inevitabile.

113 (1067). La violenza è causa di lità di contratto, non solamente quando tata usata verso uno dei contraenti, ma ancora quando lo fu verso il marito, la moglie e discendenti od ascendenti dello stesso contraente.

113. Cotesta disposizione non è certante restrittiva; se il mio rifiuto di sotcrivere un atto deve far recare in atto minaccia di ruinare mia sorella, o di ttare barbaramente una persona a me ra, o di assassinare alcuno che mi è, se vuole, del tutto estraneo, la violenza ata contro la terza persona genera in e una violenza morale, un timore affatto rsonale, e bastevole a render vizioso il mio consenso e fare annullare il contratto. Adunque il solo senso che può avere il nostro articolo, si è che la violenza usata contro i conjugi o i parenti in linea retta, eserciterà di pieno dritto lo stesso effetto, come se diretta contro la parte stessa contraente, laddove starà nei giudici secondo le circostanze il decidere se vi sia stata o no violenza trattandosi di altre persone.

1114 (1068). Il solo timore riverenziale rso il padre, la madre, od altri ascenenti, senza che vi sia concorsa una violenza di fatto, non basta per annullare il contratto.

414. Il timore di dispiacere a colui che ofondamente si venera e che vi ispira l timore da non osar mai contrariarlo, n meno che il timore di un male anche ico, può sminuire la volontà del connso; ma non essendo immorale il prinpio del timore, la legge non fa per esso vocare una convenzione; chè la violenza r annullare il contratto deve esser fatta *tersus bonos mores*, come ben diceva legge romana. Finchè chi ha su di me sì grande ascendente non ne fa uso morale, finchè di altro non mi ha miacciato che di togliermi la sua amicizia, i io posso negarmi senza andare incono a veri pericoli, resta inattaccabile il ontratto.

Del resto, questa regola si applicherebbe non solo per gli ascendenti, ma altresì per il parente e il benefattore che mi ha educato, per qualsiasi persona capace d'ispirarmi il timore riverenziale di cui parla il nostro articolo. E Pothier parlava qui del timore di dispiacere a un padre, ad una madre, o *ad altre persone verso le quali si debbono usare dei riguardi* (n°. 27).

La legge, fermandosi al caso più frequente, *de eo quod plerumque fit*, ha nominato i soli ascendenti.

Quando la causa del timore non è immorale e il contratto non è quindi viziato, non potrebbe impugnarsi la convenzione consentita dal debitore verso il creditore a fin di evitare il sequestro, la prigionia, o altro costringimento a lui minacciato, e che potrebbe legalmente esercitarsi : non vi è

stata la violenza *adversus bonos mores* (1).

415. Se la convenzione per forza consentita, onde sfuggire un pericolo abbia avuto ciò di mira, p. e. se una persona assalita sulla strada dai ladri ha promesso una somma di denaro ad un terzo acciocchè la salvasse, non siamo più nel caso dei nostri articoli, avvegnachè il contratto che giusta gli articoli può annullarsi, è unicamente quello che gli autori della violenza si proponevano di far consentire. E ciò si prova dacchè si avrebbe lo stesso risultamento se la promessa fosse stata fatta senza la violenza, e per ischivare un pericolo indipendente dalla volontà dell'uomo, come un incendio. L'obbligazione in tal caso sarebbe dunque valida in principio, come dichiara Pothier secondo la legge romana (n.° 24). Ma quando la obbligazione determinata dalla paura sia eccessiva, potrebbe a dir di Pothier essere ridotta dal magistrato (*ibid.*).

La riduzione che il giudice pronunzia di una obbligazione, riconosciuta in se da, sarebbe oggi un eccesso di po ma vi si può giungere per altra v giudice, quando l'obbligo realmente è e sivo, può e deve dichiarare che quella sa circostanza dà chiaro a vedere che l'o gato era fuor di senno per effetto della pa quindi la sua obbligazione è nulla per co di consenso; provatosi poi che l'o gazione non esiste, deve stabilire una ma conveniente che si dovrà pagare a persona, indipendentemente da qual volontà, per il fatto stesso del ser che gli è stato reso, e per effetto del q contratto di gestione di affari.

Toullier (V, 85) che non avea n questo mezzo di annullare l'obbliga eccessiva, sostituendovene un'altra. almeno compreso non potersi oggi p durre una obbligazione riconosciuta essendo ciò un eccesso di potere; e meraviglia che Duvergier, suo annotat torni alla dottrina di Pothier.

1115 (1069). — Un contratto non può essere più impugnato per causa di violenza, se, cessata la medesima, sia stato approvato, od espressamente, o tacitamente o con lasciare decorrere il *tempo stabilito* dalla legge per la restituzione.

416. Questo articolo intorno alla violenza è inutile. Imperocchè l'art. 1117 (1071) dichiara che i tre vizi di errore, violenza e dolo previsti dalla nostra sezione, non rendono il contratto inesistente, ma soltanto annullabile; l'art. 1304 (1258) ripete che l'azione di nullità per errore, violenza o dolo dura dieci anni, e l'art. 1338 (1292) autorizza e regola la ratifica di qualunque obbligazione che può annullarsi.

Tal bizzarra disposizione devesi alla maniera con cui i nostri compilatori hanno copiato nel nostro titolo il trattato di Pothier. Questi avendo parlato dell'errore sulla sostanza della cosa, o sulla persona che nell'antico dritto formava una causa di nullità radicale, di non esistenza di contratto, pas to alla violenza, dice diverso essere il suo effetto, e che « Se cessata la violenza si è approvato il contratto, o espressamente o tacitamente, facendo scorrere il tempo in cu si può essere restituito, il vizio del contratto si è purgato (n. 21) ». La spiegazione di Pothier, necessaria nel suo sistema, ha mutato poco per fornire il testo in significante del nostro articolo.

§ 3. — *Del dolo (o piuttosto dell'errore che proviene dal dolo).*

1116 (1070). — Il dolo è causa di nullità della convenzione, quando i raggiri praticati da uno dei contraenti sono tali, da rendere evidente che senza di essi l'altra parte non avrebbe contrattato.

Il dolo non si presume, ma deve essere provato.*

(1) Pothier (n. 26); Toullier (VI-81); Merlin, (*Quest.*, alla parola *Crainte*); Duranton (X-142).

* Massime della C. S. di Napoli. — L'ammettere l'azione di dolo è quistione è

SOMMARIO

'erchè il dolo è causa di nullità quando sia stato causa del contratto, e derivato dall'altra parte. — Teoria del dolo.
La nullità nel caso del dolo non può, come nei casi di errore o di violenza, opporsi ai terzi acquirenti. Si dissente da Duranton.
III. Il dolo semplicemente incidente produce danni ed interessi, e non mai lo annullamento.

. — 417. Il dolo che forma il terzo vi- del consenso, consiste in tutt'i mezzi ti per ingannare alcuno, e determinarlo tringere un contratto per effetto dello ore che s' ingenera o si conferma nel animo. Il dolo non può dunque esser isa di nullità se non quando si provi la parte non avrebbe contratto senza elle pratiche ingannatrici.

Ma non basta questa prima condizione; dolo deve essere praticato da quello con i si obbligava la parte ingannata; praato da un terzo, non produrrebbe l'an- llamento del contratto.

Proviamoci di comprender la ragione di iesta regola, e di dare una esatta teoria l dolo.

418. Primieramente, le pratiche fraulenti che si possono usare contro di me, n toccano affatto il mio consenso per se esse, ma per l' errore che elle ingeneno. Infatti, se non si fosse riuscito ad gannarmi non ostante tutti i raggiri usati, io n avrei di che dolermi. Dunque bisogna i aver riguardo non al dolo, ma allo rore che da quello deriva. Ora di tre cose ina: o l'errore prodotto sarà tale da diuggere il consenso, e allora non vi sarà ntratto; o tale da rendere vizioso il connso e fare annullare il contratto, e al- 'a rientreremo nel caso dell' art. 1110 (1064), e non già in quello dell'art. 1116 (1070); o infine l'errore verserà sopra circostanze che non conferiscono alla validità della convenzione (come ad esempio, sulle qualità semplicemente accidentali della cosa, sui motivi del contratto, ec.), e gli è questo il solo caso per cui può essere fatto il nostro articolo. Dunque le regole speciali al dolo riguardano il caso in cui il consenso non è distrutto nè abbastanza viziato, e in cui il contratto è quindi in principio pienamente valido.

Ma se l' errore che proviene dal dolo (non abbastanza grave per applicarglisi lo art. 1110 (1064)) non rende viziosa la convenzione, non è men vero che produce un danno alla parte ingannata, la quale senza lo errore si suppone che non avrebbe assentito al contratto. Or siccome chi produce un danno per propria colpa, è obbligato a ristorarlo (art. 1382, 1383 (1336, 1337)); chi con dolo mi ha indotto a contrarre, è tenuto a darmi i danni ed interessi cioè un ristoro del nocumento recatomi. Se il dolo proviene da un terzo, questi sarà tenuto a ristorarmi a danaro del danno che sarà stimato: se esso invece deriva da colui con cui ho contratto, deve adottarsi altro modo. Infatti il mezzo più semplice e più sicuro di procurarmi il ristoro del danno prodottomi dal contratto, gli è cer-

lo lasciata all'arbitrio dei giudici. La sola amssione di essa però, non autorizza a sospendere secuzione dell'atto autentico, 28 ag. 1823.

— Non è ammissibile l'azione di dolo, ove non neghi la scrittura, ma si sostenga che il debito rivi da un cumulo d' interessi eccessivi, 2 lu- 1825.

— Il dolo deve provarsi, e non può presumersi ppure per presunzioni gravi, precise e concorti. Può provarsi con testimoni, anche contro lto autentico, 5 ap. 1827.

— Può il dolo arguirsi per via di presunzioni, è censurabile l'analoga convinzione del magistrato, 5 ag. 1833.

— Per le leggi che ci reggono, la buona fede è la base di tutti i contratti: quindi le sottigliezze dirette a differenziare il dolo *re ipsa*, ed il dolo personale, nel senso di procurare eccezioni che offendono la morale della civile società, quando vi è stata intenzione d'ingannare, non sono attendibili, perchè sconosciute dalla legge. Essendo il dolo un fatto personale, la differenza sta solo nel modo di provarlo, giacchè nel dolo *re ipsa* la pruova risulta dal fatto stesso prodotto dall'uomo, nel dolo personale sono necessarie pruove estrinseche, 13 sett. 1845.

tamente quello di rimettere le cose in quello stato in cui sarebbero, se il contratto non esistesse; il qual mezzo perchè impossibile rispetto a un terzo, e facile rispetto alla parte con cui io contraggo, è stato dalla legge ordinato per quest'ultimo.

Ecco perchè il dolo che mi ha determinato a contrarre, non produce mai lo annullamento del contratto se non quando viene da colui che con me contraeva. Ecco come esso anzichè viziare il mio consenso e la convenzione che si forma, mi permette soltanto di chiedere un ristoro da chi mi ha ingannato. Ecco perchè la nullità che indirettamente trae, invece di esser posta nello editto del Pretore assolutamente e contro tutti, *generaliter*, *in rem*, come nel caso della violenza, era soltanto prescritta contro il colpevole del dolo, *specialiter*, *in personam*. Ecco perchè infine abbiamo detto più volte che il dolo non costituisce realmente un vizio del consenso, e che i suoi effetti meglio che nella nostra sezione saranno collocati nel seguente titolo.

II. — 419. Tal differenza fra il dolo e l'errore o la violenza, mena una importante conseguenza nei contratti traslativi della proprietà dei beni immobili. Infatti colui che acquista uno immobile per un contratto viziato da violenza o da errore, avendo una proprietà assolutamente rivocabile, non può trasmetterla se non che collo stesso vizio, dimodochè i suoi sotto-acquirenti potrebbero soffrire l'azione di nullità al pari di lui (art. 2125, 2182 (2011, 2076)).

Al contrario, l'autore del dolo che divien proprietario dell'immobile, è tenuto a restituirlo per effetto della sua *obbligazione personale* di ristorare il danno recato; i suoi sotto-acquirenti, non succedendo alle sue personali obbligazioni, non sarebbero tenuti a restituire, nè soggetti alla azione di rescissione.

Indarno si direbbe, come fa Duranton, (X-181), che sia di arbitrio non riconoscere il dolo come vero vizio del consenso, mentre l'art. 1119 (1073) gli dà formalmente tal carattere. Non è arbitraria una teoria fondata sulle regole del Codice; l'argomento *di parole* cavato contro di noi dall' art. 1119 (1073) vien i avanti l'argomento *di cose* del nostr ticolo 1116 (1070), secondo il quale si può ammettere il dolo come un reale del consenso e del contratto, sendo questo e quello perfetti in facci dolo che non deriva dalla parte contra te. Per ultimo si direbbe che la legge nipotente a creare finzioni e principi, al fatto del dolo un vizio reale del conse se derivi dalla parte, quantunque non abbia dato tal carattere provenendo un terzo? Allora non sarebbe assoluto preteso dritto, ma puramente relativo personale all'autore del dolo. Se è così non potrà produrre un effetto assoluto, e quindi potrà valere contro i terzi detentori. In breve, qualunque sia la teoria si adotti sul dolo, dovremo sempre riconoscere che l'annullamento per tal mira a riparare lo effetto del dolo contro l'autore, e non già contro l'innocente. il sotto-acquirente di uno sleale contraente non è più di costui colpevole *del dolo, sì come il contraente leale non è colpevole* del dolo praticato dal terzo, *e di cui egli* incosciosamente ha profittato.

420. Abbiamo parlato dei soli immobili, perchè quanto ai mobili, il terzo acquirente di buona fede troverà sempre la sua garenzia nella disposizione pur troppo nota dell'art. 2279 (2185).

III.—421. Il presente articolo qui parla, come abbiam fatto pur noi, del dolo che ha determinato la parte ingannata a contrarre (dolo determinante, *dolus dans causam contractui*). Quanto al dolo senza cui ugualmente avrei contratto, e che senza far nascere il contratto vi si è intromesso (dolo incidente, *dolus incidens in contractum*), non credasi che esso non dia luogo a ristoro, ma non farà *mai che si* annulli il contratto. Allorchè *mi si dà ad* intendere che una casa che *d'altronde mi* conveniva, e che in tutti i casi avrei acquistato, avesse alcuni vantaggi che mi han deciso a pagarla più che non avrei fatto, potrò pretendere un ristoro *da colui che* mi ha tratto in errore.

422. In tutti i casi di *dolo*, sia inci-

dente, sia determinante, la parte contraente, stata complice dei fraudolenti raggiri, deve riguardarsi siccome l'autore principale, e deve aversi per complice chi conoscendo quei raggiri ne ha slealmente profittato, invece di disingannare l'altra parte.

Nel secondo paragrafo del nostro articolo, il quale richiede che il dolo sia provato da colui che lo allega, è applicato un principio tanto evidente, che non facea d'uopo scriverlo.

1117 (1071).—La convenzione contratta per errore, violenza, o dolo, non è nulla *ipso jure*; ma essa dà luogo soltanto ad agire per la nullità o rescissione, nei casi e modi espressi nella sezione settima del capo quinto del presente titolo.

423. Vedemmo come il consenso non è distrutto nè dall'errore previsto dall'articolo 1110 (1064), nè dalla violenza, nè dal dolo. In questi varii casi il consenso esiste, ed il contratto si forma; ma si può far distruggere. L'art. 1304 (1258) ci dirà infatti che i contratti formati in tali circostanze possono farsi annullare nei dieci anni a contare dal giorno che è cessato il vizio.

Checchè dica Duranton (n. 139), è ben altrimenti, quando non vi è consenso. Se avessi creduto prendere in fitto la tal casa che voi immaginavate di vendermi, se io pensassi alla vostra casa di Parigi, nel mentre voi pensavate a quella di Versaille, se la mia mano è stata tratta dalla violenza, e non dalla mia volontà a porre la mia firma, se nel momento del preteso contratto io era in istato di pazzia, di delirio, di ebbrezza, di sonnambulismo, allora la convenzione non si è fatta, e perciò non può farsi annullare. Essa è radicalmente nulla, e dopo trenta e quaranta anni se ne potrebbe sempre far riconoscere la non esistenza.

§ 4. — *Della lesione.*

1118 (1072).—La lesione vizia la convenzione soltanto in alcuni determinati contratti, o riguardo a determinate persone, come verrà dichiarato nella medesima sezione.

424. La lesione, o per dir meglio il pregiudizio che soffre una parte, è qualche volta bastevole per annullarsi una convenzione. Così, quantunque questa parte non sia stata in errore, niun timore le sia stato ispirato, nè fallaci raggiri si sieno praticati, il torto cagionato dalla convenzione può per sè stesso diventare un principio di annullamento.

Nell' antico dritto la lesione era causa di annullamento, 1° in tutti i contratti, rispetto ai minori, e 2° rispetto ai maggiori, nelle divisioni per lesione di più di un quarto, e in tutti i contratti riguardanti immobili, per lesione di oltre una metà (Pothier, n. 33-40). Il dritto intermedio con legge del 9 fruttidoro anno III soppresse l'annullamento per lesione quanto ai maggiori. Il Codice civile usando un partito di mezzo tra questi due sistemi, ammette l'annullamento per lesione pei maggiori 1° nelle divisioni per lesione di più di un quarto (art. 887 e 1079 (807 e 1035)) 2° nelle *vendite* d'immobili (e non in tutti i contratti) e solo pel *venditore* che è stato leso di oltre a sette duodecimi (art. 1674, 1683 (1520, 1529)). Quanto ai minori, la lesione è sempre causa di rescissione per tutte le loro convenzioni (art. 1305 (1259)). Così *le determinate persone* per le quali la lesione vizia sempre le convenzioni, sono i minori; e *i taluni contratti* di cui parla l'articolo, sono le divisioni e le vendite d' immobili per il solo venditore.

L'articolo è inesatto nel dire che tutto

ciò sarà spiegato nella stessa sezione di cui parla il precedente articolo, cioè nella sez. VII del cap. V (art. 1304 a 1314 (1258 a 1268). Questa sezione infatti stabilisce soltanto la regola relativa ai minori (articolo 1305 (1259). L'art. 1313 (1267) che si occupa dei maggiori, è di rimando come il nostro e la regola trovasi espressa dagli art. 887 e 1674 (807 e 1520).

425. La lesione fa presumere uno stato di spogliamento o di necessità implacabile in colui che l'ha sofferta. Quando un condividente che avea dritto a 20,000 franchi, si è contentato d'una parte di meno di 15,000 franchi; quando uno ha venduto per meno di 5,000 franchi un i mobile che ne valea 12,000, la legge si pone che essi abbiano così fatto, o per miseria o per qualunque altra forza mag giore che ha tolto loro la libertà. È du que un vero vizio di consenso che pregi dica realmente il contratto, così come errore e la violenza, e fa che si agis tanto contro i sotto-acquirenti che cont colui con cui si è contratto. Ciò è prova dall'art. 1681, paragr. 2 (1527).

Questo vizio del consenso, perchè am messo in certi casi e per eccezione, non stato dalla legge indicato con gli altri tre nella regola generale dell'art. 1109 (106

§ 5. — *Osservazioni su i due casi in cui non si forma il contratto.*

426. Diamo a quest'ultimo paragrafo il titolo vago di *osservazioni* perchè, come si è detto nel principio della sezione, le disposizioni poste qui dai compilatori riferisconsi a due casi, di cui l'uno presenta la mancanza del *consenso*, l'altro la mancanza dell'*oggetto*, di modo che era impossibile riunirli con una rubrica comune alla materia del consenso. Proviamoci di far comprendere il come i compilatori sieno stati tratti a notare qui alcune regole inutilissime secondo noi, e che diventano pericolose per il modo oscuro che le fa supporre importanti.

Si sa non essere ammesso in principio dai Romani che i contratti e gli obblighi che ne derivano, si formino con la sola volontà delle parti. Il consenso era sempre necessario, ma di rado bastevole: il contratto formavasi, ora *consensu et* RE, ora *consensu et* LITTERIS, ed ora *consensu et* VERBIS; e solo in alcuni casi formavasi *solo consensu*. Più si sa che nei contratti *verbali* i quali facevansi mercè delle *stipulazioni*, l'obbligazione risultava da una solenne risposta del promettente, che non solo dovea esser formale e positiva, ma anche scrupolosamente, minuziosamente adattarsi alla solenne interrogazione dello stipulante; di modo che non trattavasi solo della volontà, quand'anche costante delle parti, ma pure delle *parole* dette e del modo con cui elle erano pronunziate. Si comprende come da un tal sistema dovessero derivare alcune regole che sarebbe iniquo ed assurdo il volere oggi applicare sotto una legislazione, che infrangendo qui come da per tutto gli avanzi del materialismo romano, stanzia *in principio* che i contratti formansi *con la sola volontà*, qualunque siasi il modo con che si manifesta.

Pothier che scrivea quando ancora la legislazione di Roma era in parte la legge viva di molte provincie francesi, ed esercitava pure grande autorità su quelle consuetudinarie, dovea naturalmente seguire sempre il dritto romano, richiamandone le regole principali se non altro per esaminare se ciascuna fosse pienamente applicabile, o se dovesse modificarsi pei costumi e la legislazione nazionale. Ed anche Pothier nel principio del suo trattato (numero 53 e seg.) si occupa di questo doppio principio stanziato dai giureconsulti romani: 1° che non si può stipulare per altri, e 2° che non si può per altri promettere. Ei crede con ragione applicabile la prima parte del principio; e accetta la seconda con una modificazione che in fine conduce a toglierla di mezzo. Gli sviluppi dati su questa materia formano un articolo a parte con questa rubrica: *Di ciò che può essere l'oggetto dei contratti.* Non

può esser l'oggetto di un contratto se non ciò, egli dice, che l'una delle parti stipula per se stessa, e del pari ciò che l' altra parte promette per se stessa ».

I nostri compilatori avvezzi a seguir passo passo Pothier non hanno omesso una materia da lui trattata sì a lungo. Dimenticando non esser obbligati come Pothier di richiamare i principî romani; non comprendendo che la prima parte del principio, non avea bisogno di essere espressa, o bastavano alcune parole nella materia *dell'oggetto dei contratti*, e che la seconda era distrutta dalla stessa dottrina da essi riprodotta, hanno dettato quattro articoli dei quali parleremo, riassumendo or bene or male le spiegazioni date dalla loro guida. Se non che hanno essi riunito alla materia del *consenso* (e noi vedremo il perchè nel n. I dello articolo 1120 (1024) quel che da Pothier ponevasi nell'*oggetto del contratto*.

Da una cieca pratica derivarono questi quattro articoli i quali han fatto nascere tante difficoltà, e dato tanta pena agli interpetri.

427. Gli scrittori infatti sono tanto discordi sul senso ed intendimento di queste disposizioni che non comprendonsi nè anco sul luogo che devesi logicamente loro assegnare. Duranton le riunisce, come il Codice, alla materia del *consenso*; Delvincourt e Toullier le mettono come Pothier sotto la rubrica dell'*oggetto* dell' obbligazioni. Zachariae le pone tra gli *effetti* dei contratti. Noi crediamo che tutta questa materia, anche nella supposizione che abbia bisogno di essere espressa nella legge, dovrebbe ridursi ad alcune parole aggiunte alla sezione dell'*Oggetto dei contratti* (quanto alla regola che non si può *stipulare* per altri), e ad alcune altre parole aggiunte alla sezione dell'*Interpetrazione delle convenzioni* (art. 1156 e seguenti (1109) e seg.) (quanto all'altra regola che non può promettersi per altri).

Tutto il fin qui detto non può comprendersi senza la spiegazione degli articoli stessi.

1119 (1073). — Nessuno, in generale, può obbligarsi o stipulare in suo proprio nome che per sè medesimo.

428. Questo articolo stabilisce un doppio principio al quale fanno eccezione i tre seguenti articoli. Questo principio, o questi due principî consistono nel dire che quando si agisce non come rappresentante di altri, ma per proprio interesse, non si può in generale, salvo i casi di eccezione, 1° impegnarsi per altri, 2° stipulare per altri. Le quali due regole sono indicate da Pothier secondo il dritto romano, salvo che il Codice ne invertisce l' ordine, mettendo prima quella che Pothier mette seconda, e viceversa.

Ed in pria a seguir l'ordine del Codice non si può *impegnarsi per altri*, cioè: non si può col nome proprio formare una obbligazione il cui oggetto dovrebbe essere fornito da un terzo, *si quis alium daturum facturumve quid promiserit*, non *obligatur* (*Instit. de inut. stip.*, par. 3); DE SE *quemque promittere oportet* (*D. de verb. oblig.*, 83). Così promettendovi io in mio nome, *de me*, che Paolo vi venderà la sua casa, che Giacomo non pianterà alberi sul suo terreno rimpetto il vostro castello, ecc. il primo principio del nostro articolo si opporrebbe alla formazione della mia obbligazione, se non fosse modificato (o piuttosto distrutto) dall'eccezione del seguente.

Spiegandosi questa eccezione il principio sarà compreso.

429. È più facile capire subito il secondo principio il quale dichiara non potersi in suo nome, *de se tantum stipulare*, per altri.

Quando io stipulo per voi cioè: facendovi promettere di fabbricare una casa per Pietro, di dare a Paolo un cavallo, ec. non vi è contratto. Infatti, non ho alcuno interesse perchè procuraste la tale o tal cosa ad un terzo; or l'interesse essendo la base delle azioni, io non potrei costringervi allo adempimento; se dunque non ho alcun mezzo di costringervi, voi non

siete legato; non vi è *vinculum*, non obbligazione. Gli è dunque vero, salvo le eccezioni, che stipulando io per altri non si formi un contratto, perchè manca l'oggetto che mi presenti l'utilità come pure se mi avreste promesso un *animale*, del *grano*, o altro oggetto talmente indeterminato che io non avrei alcun m[ezzo] di costringervi a darmi una cosa che sia utile. In ambi i casi, per cause di[verse], manca la condizione richiesta dall'[ulti]mo paragrafo dell'articolo 1109 (10[..]) della sezione III, art. 1126-1130 (10[..]-1084).

1120 (1074). — Ciò non ostante può alcuno obbligarsi verso un altro, promettendo il fatto d'una terza persona; salvo, contro il promettente, il regresso a quello a favor di cui si è obbligato, nel c[aso] che la detta terza persona ricusi di p[re]starsi all'esecuzione dell'obbligazione.

SOMMARIO

I. Può alcuno obbligarsi per ciò solo che promette con intenzione di obbligarsi, di modo che l'eccezione del nostro articolo riduce il primo principio del precedente ad una proposizione insignificante. Censura della dottrina degli scrittori.

II. Colui che si è obbligato è tenuto ai da[nni] ed interessi per non avere il terzo a[dem]pito ovvero ratificato?

I. — 430. Stabilito il primo principio che io non mi obbligo promettendo in mio nome il fatto di un terzo (e il *fatto* si prende qui *lato sensu* per significare tanto una dazione, un astenersi, un prestare, come un fatto propriamente detto), la legge dichiara esservi eccezione a tal regola allorchè promettendo il fatto di un terzo io mi obbligo per lui.

Ma questa eccezione così evidente non distrugge forse la regola, o se non altro non la riduce ad una insignificante proposizione? Fermamente noi lo crediamo, e quantunque gli scrittori che han trattato la materia (1) sforzansi di trovarvi un positivo senso, noi di leggieri conchiudiamo che essa non ne ha.

La espressione vaga ed un pò barbara *se porter fort* per un terzo, *se faire fort* di un terzo, deve in sulle prime essere ben compresa. Or tutti convengono che *porter fort* vale promettere sulla propria responsabilità, che il terzo farà ciò di cui si tratta; garentire che il terzo il quale solo può procurare l'oggetto promesso, eseguirà egli stesso l'obbligazione, o almeno la contrarrà in persona.

Nella stipulazione romana quando n[on] eravi altra obbligazione di quella positivamente espressa nelle parole formalmente pronunciate, il promettente, qualunque fosse stata la sua idea, non avea validamente promesso, nè si era obbligato, se non quando aveva espressamente detto, ch'egli *farebbe adempiere al* terzo la cosa promessa: *quod si* EFFECTURUM SE *ut Titius dare* SPOPONDERIT *obligatur*. Ma oggi che il contratto si forma non più *verbis*, m[a] *consensu*, colla sola volontà manifestata i[n] qualunque modo, il promettente si sarà obbligato qualora avrà manifestata l'idea di obbligarsi a far procurare la cosa o il fatto dal terzo. — Ciò posto, vi ha certamente obbligazione per ciò solo che si promette il fatto del terzo colla intenzione di obbligarsi, e non vi sarà obbligazione quando si sarà fatta come semplice notizia, o come offerta di atti di convenienza una di quelle promesse date senza l'idea di legarsi.

Così dicendo « vi prometto che Pietro vi venderà la casa »; delle due cose l'una: 1°. o ho voluto soltanto rassicurarvi con questa semplice notizia, « *io credo Pie-*

(1) Toullier (VI-135); Delvincourt, Duranton (X-209); Zachariae (II, p. 478).

i venderà » ovvero promettervi un ser-
da amico « *io farò quanto è in acciocchè Pietro ve la venda, e spe-riuscirvi* » ma senza voler contrarre, igarmi; 2°. o ho voluto contrarre con ed impegnarmi in un' obbligazione, e a le mie parole non possono avere senso che questo: *io mi rendo ga-te che Pietro vi venderà*; io mi obbligo r che la vendita abbia effetto ». Or gli uesto l'obbligarsi (*se porter fort*), es-do chiaro che la frase significa, « *io obbligo* A FARE *che Pietro vi venderà*.» tto dunque si restringe a ciò: o il pro-ttente ha voluto obbligarsi, e perciò promesso, in guisa che l'obbligazione valida secondo il nostro articolo; ovvero n ha voluto obbligarsi, e allora non vi è ntratto, non essendovi lo accordo delle lontà.

431. Ed è tanto vero che non si è for-tamente obbligato quando si è promes-senza volersi obbligare, che Toullier . 135 in fine) tuttochè voglia provare il ntrario, finisce così: « promettere sempli-mente che un terzo farà, e obbligarsi e *porter fort*) o garentire che egli farà, n due cose diverse. *Nel primo caso* NON VUOLE OBBLIGARE LA PROPRIA PERSONA (1)!» iò è evidente, avvegnachè tal caso è tato riguardato dai compilatori, come una nancanza di consenso, per cui ne trat-no nella materia del *Consenso*, nel men-e Pothier ne aveva discorso nella mate-a dell'*oggetto* dei contratti. Da ultimo (con-orrendo in ciò tutti gli elementi) i compi-tori hanno inteso che promettere il fatto i un terzo (coll' intenzione d' obbligarsi) vvero *se porter fort* del terzo, sono tut-uno, tanto che nella esposizione dei motivi igot dice, che l'azione di ristoro per essersi egata dal terzo la ratifica, spetta *a co-ui al quale si è promesso* il fatto del erzo contro la persona che ha *dato la pro-essa* (Fenet, III, pag. 224).

Dunque la prima parte dell'artic. 1119 (1073), questo principio così importante in apparenza che nissuno può impegnarsi per altri, tranne che non prometta, *se porte fort*, significa non potersi formare un con-tratto *senza* la *volontà*, e che non v'è obbli-gazione convenzionale, *non essendovi in-tenzione di obbligarsi*. Non valeva in ve-ro la pena di dirlo.

432. Spetta del resto ai tribunali deci-dere in fatto e secondo le circostanze, se chi ha promesso abbia voluto o pur nò ob-bligarsi. Si dovrà certamente decidere del sì, quando la promessa, per quanto vaga possa sembrare, sia in un atto di buona forma; l'aver firmato un atto per raccer-tare la mia promessa dimostra di esser-mi voluto obbligare; avvegnachè non si fanno atti per dare una semplice notizia o promettere un semplice servizio d'ami-co. La volontà d'obbligarsi sarebbe pur ma-nifesta, se il promettente si fosse sotto-posto ad una clausola penale, cioè a pagar danni ed interessi.

II.— 433. Provatosi che io ho voluto obbligarmi, delle due cose l'una: o il ter-zo per cui mi sono obbligato si ricuserà a contrarre, e allora non essendosi adem-pita la mia obbligazione, io sarei tenuto ai danni ed interessi pel danno recato al-l' altra parte (*Cassaz.*, 1 maggio 1815); ovvero il terzo ratificherà l' impegno, e quindi io sarò pienamente sdebitato, quan-d'anche poi egli si negasse ad adempierlo. Nel quale ultimo caso da lui soltanto può il creditore domandare i danni ed interessi, essendo egli manchevole alla sua promes-sa; la mia si è già adempita.

Non sarebbe così, se io avessi non solo promesso lo impegno d' un terzo; ma ga-rentito anche la esecuzione della sua ob-bligazione. I danni ed interessi allora po-trebbero domandarsi tanto al terzo che a me ove non si fosse adempito.

(1) Fa meraviglia che il dotto annotatore di Toul-er non noti, anzi approvi col suo silenzio le frasi nza senso con cui quegli nei paragrafi 3° 4° e 5° el n. 135 vuole spiegare come si può promet-tere *per un contratto* che un terzo farà o darà senza pur obbligarsi (*se porter fort*). Al contrario fare di una tal promessa l'oggetto di un contratto porta certamente *obbligarsi*, e quindi *se porter fort*.

1121 (1075).—Si può egualmente stipulare a vantaggio d'un terzo, quando tale sia la condizione contenuta in una stipulazione, che si fa per sè stesso, ed in una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatta questa stipulazione, non può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.

SOMMARIO

I. La promessa in vantaggio di un terzo non può essere oggetto d'un contratto, nè una condizione o un carico.

II. A che si riduce il secondo principio dell'articolo 1119 (1073). *Altra eccezione a tal principio.*

III. La stipulazione in vantaggio del terzo è offerta di donazione; conseguenza. È dispensata dalla forma notarile.

I.—**434.** Quest'articolo deroga al secondo principio dell'art. **1119 (1073)** come l'articolo **1120 (1074)** al primo; la parola ***egualmente*** si rapporta alla parola ***ciò non ostante*** del testo che precede. e significa che ***anche per eccezione*** si può stipulare nel proprio nome per un terzo nei casi qui indicati.

Pothier avendo detto che quel che non riguarda il personale interesse del creditore, non può essere l'*oggetto* del contratto, aggiungeva con ragione « ma ciò può essere in ***conditione aut in modo*** » La cosa o il fatto che debbono essere utili ad un terzo, non possono costituire l'*oggetto* di una convenzione tra voi e me, dappoichè la obbligazione non sorge, essendo l' oggetto inutile al creditore; ma ciò non toglie che sieno una *condizione* o un *carico* della nostra convenzione, sia a titolo oneroso o gratuito. Tale è anche la regola stabilita dalla prima frase del nostro articolo, in cui le due parole *condizione* e *stipulazione* son prese nel loro senso generico; la qual regola è che io posso stipulare in vantaggio di un terzo quando la mia stipulazione è una condizione o un carico (***conditio aut modus***) del contratto o della donazione.

Allorquando vi vendo per 80,000 franchi, ovvero vi dono la mia casa a condizione, cioè con l'obbligo che paghiate a Paolo 10,000 franchi all'anno fino alla sua morte, sarà valida cotale stipulazione in vantaggio di Paolo. E invero la convenzione qui non è nulla per mancanza dell'oggetto utile, e voi siete realmente legato dalla promessa fatta in vantaggio di Paolo, avvegnachè se voi non l'attenete, potrò costringervi a risolvere la donazione o la vendita (art. 953, 1654 (878, 1500)).—Similmente, allorquando vi dichiaro di donarvi la mia casa, o di vendervi la tal casa, o di obbligarmi a procacciarvi la tal cosa, se prestate o donate quel cavallo a Paolo, questa stipulazione in vantaggio di Paolo vi legherà con me da che non potete non eseguirla che facendo venir meno la condizione da cui dipende la esistenza del nostro contratto.

II.—**435.** Questa regola del nostro articolo poteva non essere espressa come eccezione al secondo principio dell'articolo **1119 (1073)**, se quest'ultimo si fosse stabilito nei seguenti termini: « La stipulazione in vantaggio di un terzo non può avere effetto quando la cosa promessa forma l'oggetto del contratto » ovvero se, e sarebbe stato anche meglio, si fosse nell' articolo **1129 (1083)** manifestato solo essere ***oggetto valido*** di una obbligazione quello il ***quale offre allo stipulante una utilità per cui potrà costringere chi la promette.***

Da ciò siam tratti a notare un'altra eccezione all'ultimo principio dell'art. 1119 (1073); ed è che la mia stipulazione in vantaggio d'un terzo è valida, sebbene sia l'*oggetto* del mio contratto, se vi ho apposto una clausola penale. Così voi vi obbligate per me a fare questa o quella cosa per Pietro, con la condizione che non facendola mi pagherete 1,500 franchi per danni-interessi. In tal caso è mio interesse che voi facciate la cosa. Che mont.

che l'interesse non sia apparente per sè, nè valutabile da tutti dacchè il contratto stesso lo valuta? Potrò ben costringervi allo adempimento; e dove vi neghiate, farmi autorizzare dal magistrato a fare eseguire la cosa, se si può, da altri a vostre spese; o infine a farvi condannare al pagamento dei danni-interessi stabiliti.

Nè dovrebbe trarsi argomento contro questa sentenza dal testo dell'articolo 1227 (1190) che dichiara nulla qualunque clausola penale stipulata per garentire una obbligazione nulla. Imperocchè la clausola penale che qui mira a stimare e raccertare l'interesse senza di chè l'obbligazione sarebbe stata nulla, toglie la obbligazione principale dalla regola dell'art. 1127 (1081) che comprende solo le obbligazioni che rimangono nulle anche colla clausola penale.

III. — 436. La seconda frase del nostro articolo dichiara che colui che ha fatto una stipulazione di cui non dee profittare personalmente (ma che è pur valida perchè invece di esser l'oggetto del contratto, ne è una condizione o un carico), non può più rivocarla, quando dal terzo in di cui vantaggio è fatta sia stata accettata.

Cotesta stipulazione è realmente nei rapporti dello stipulante col terzo una donazione, che non può essere perfetta che col concorso delle volontà del donante e del donatario. Finchè il donatario non accetta, evvi solo una offerta di chi stipula, una pollicitazione che si può sempre rivocare. E da ciò sorge la conseguenza evidente, non riconosciuta da Duranton (X, 248), che se la morte o dello stipulante o del terzo avvenisse pria dell'accettazione, non potendo più concorrere le due volontà, il terzo o i suoi eredi non potrebbero vantaggiarsi dell'offerta: la donazione non si sarebbe compita. Nè varrebbe qui la contraria dottrina di antichi giureconsulti su cui si fonda Duranton, avvegnachè quelli insegnassero che la stipulazione non poteva esser mai revocata dal solo stipulante: idea che il Codice ha espressamente rigettata (Pothier, n. 73).

Se poi la liberalità fosse offerta ai terzi, non solo dallo stipulante ma da tutte e due le parti (il che si proverebbe o coi termini dell'atto o colle circostanze), e quindi il promettente si fosse impegnato nell'intendimento di gratificare il terzo, la revoca allora non potrebbe più farsi dal solo stipulante, ma invece col comune accordo delle due parti.

437. Del resto, sebbene la stipulazione di cui è discorso sia una liberalità la quale viene accessoria ad un altro contratto, è giusto non sottoporla a forme altre che quelle richieste per il contratto da cui dipende. Se dunque la convenzione di cui è una condizione, non è una donazione, sarà valida senza bisogno di atto notarile (art. 1973 (1845)). E dacchè la donazione fatta in tali circostanze è *per se stessa* dispensata dalla forma notarile, di cui alle volte deve solo rivestirsi per *accidens* e perchè trovasi in un'altra donazione; quindi l'accettazione voluta del donatario non sarà mai soggetta alle forme rigorose dell'articolo 932 (856); e quand'anche la stipulazione fosse una donazione fra vivi, l'accettazione potrebbe farsi con iscrittura privata od anche risultare dalle circostanze.—Gli scrittori e la giurisprudenza sono in ciò d'accordo (1).

1122 (1076).—Si presume che ciascuno abbia stipulato per sè, e per i suoi eredi ed aventi-causa, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.

(1) Grenier (n. 74); Duranton (VIII-417); Coin-Delisle (art. 932, n. 24); Zachariae (II, p. 479); Lione, 11 giugno 1817; Rig., 5 novembre 1818.

SOMMARIO

I. Sviluppi sopra l'articolo.
II. Osservazioni generali sui quattro art. 1119-1122 (1073-1076).

I.— 438. Cotesta disposizione fu scritta come ultima eccezione ai due principii dell'art. 1119 (1073), dico ai due principii, perchè *stipulare* si prende qui nel senso generale, e come sinonimo di *contrarre*. L'art. 1119 (1073) aveva detto non potersi contrarre per altri; il nostro eccettua da quella regola i nostri eredi e tutti i nostri aventi-causa, e non solo si può per essi contrarre, ma almeno in generale si presume sempre che siesi fatto.

Questa pretesa eccezione non doveva per fermo essere espressa. I nostri eredi, propriamente, o impropriamente detti, e al pari di essi i nostri legatari o donatari universali succedono a tutti insieme i nostri dritti attivi e passivi (art. 724, 1013, 1010, ecc. (645, 967, 964, ecc.)). Gli altri nostri aventi-causa, val dire quelli a cui abbiam trasferito tali o tali altri dritti speciali, son pure rispetto a questi i nostri successori. Or da che tutti costoro succedono a noi, e stanno in nostro luogo e vece, non era utile, anzi è inesatto il dire che si deroghi per loro all'art. 1119 (1073). Imperocchè questo articolo significa non potere noi applicare *immediatamente* l'effetto dei nostri contratti alle terze persone non applicandosi prima su noi, laddove qui applichiamo cotesto effetto a noi stessi per riferirlo poi sopra gli altri che ci succedono. Insomma il nostro articolo ci vuol dire che noi *possiamo trasmettere* i dritti che le nostre convenzioni ingenerano in favore, o contro di noi; e per questo non ci voleva certo un testo di legge (1).

Non fa di mestiere (perchè un dritto si consideri come trasmesso da me ai miei successori, e la mia stipulazione sortì il suo effetto per essi) che il dritto abbia avuto la sua esistenza completa, perfetta per me, bastando che sia esistito in germe, in prò, o contro di me. — Allorquando la mia casa che vale 10,000 franchi ve la dò per 20,000 se io perda questa lite, e per nulla se la guadagni, io da oggi innanzi ho contro di voi un credito convenzionale, una speranza che posso donare, vendere o altrimenti cedere a chi mi piacerà: e perduta la causa, quello a cui ho ceduto e che è divenuto mio avente-causa, sarà vostro creditore perfetto di 20,000 franchi sebbene io non lo sia stato mai. Se poi invece di versare la condizione sull'evento di una lite, è convenuto per esempio che voi pagherete 20.000 fr. la cosa se io muoja innanzi a *voi, e nulla* nel caso contrario, se avviene la *mia premorienza*, voi sarete debitore *puro e semplice* dei 20,000 fr. verso i miei eredi, sebbene non lo siete stato *mai verso di* me. In ambi i casi, il dritto si è sviluppato nei miei successori, *dal germe che* già esisteva per me, *e che* io ho loro trasmesso.

439. Neanco è necessario, che nel formare il contratto che deve *produrre il suo* effetto per me e i miei eredi, od anco pei miei eredi soltanto, io *chiami questi colla* loro qualità; bastando che fosse chiaro il mio pensiero. Allorquando *convengo con* voi, che l'ultima porzione della somma dovutami, si dovrà riscuotere *da mio figlio* dopo cinque anni dalla mia morte, ho nominato mio figlio come *mio futuro* erede; e dove per la premorienza, *la ri-*

(1) I nostri aventi-causa *lato sensu* son tutti quelli che stanno in nostro luogo, invece nostra, o per tutti i nostri dritti in generale, o per questo, e quel dritto speciale, *omnes causam nostram habentes*; cotalchè i nostri eredi sono certamente nostri aventi-causa. Ma a questi ultimi non si dà di ordinario il nome di *aventi-causa* che più specialmente è riserbato agli altri successori (legatari, donatari, compratori, ecc.). Così il nostro, come gli art. 1319, 1322 (1273, 1276) *ed altri*, appone gli *eredi* ai semplici *aventi-causa*.

ia, o la indegnità di lui, io avessi per
e un nipote od un cugino, questi o
o sarebbe il creditore, e potrebbe farsi
re dopo i cinque anni della mia morte,
me avrebbe fatto mio figlio. Così vi-
rsa, se io fossi il vostro debitore, e
ılassi che il mio debito vi sarà pagato
mio figlio cinque anni dopo la mia
te. Così ancora, se invece di indicare
ıio futuro erede colla sua qualità, lo
ısi soltanto nominato. Quando noi con-
iamo, che alla mia morte il prezzo della
dita a voi fatta lo pagherete *a Paolo* (mio
prossimo erede presuntivo) si compren-
ꞌà aver voluto dire *al mio erede*, e se non
olo raccogliesse la mia successione, voi
vrete sempre pagare al mio qualsiesi
ꞌde. Ma se dalle circostanze emergesse
e si è voluto restringere lo effetto del
ntratto alla persona dello erede nomi-
ıto, e che la stipulazione e la promes-
ı si applicherebbe all'erede figlio, o allo
ꞌede Paolo, seguirebbesi cotale intenzio-
e; e se io avessi per erede altri che non
ıio figlio, o altri che Paolo, il contratto
on avrebbe effetto, sendone venuta me-
o la condizione. — Se infine stipulando
er un terzo indicato, avessi avuto asso-
ıtamente riguardo alla sua persona, fatta
nche astrazione dalla qualità di erede (ad
sempio, se avendo figli, ho stipulato per
ꞌaolo mio nipote), in questo caso sareb-
ıe nulla la stipulazione che non è fatta
ıel mio erede, ma per un estraneo,
ıuand'anche questi per avvenimenti da me
ıon previsti, divenisse poi mio erede.

Tutte queste sono quistioni di fatto, e
li interpretazione d'intenzione, che i tri-
ıunali decideranno secondo le circostanze.
— Non fa quindi meraviglia che i giure-
ꞌonsulti romani abbiano in vario modo de-
ꞌiso tal punto (Paolo, 17, § 4, *dig.*, *de
pact.*, *Cef.*, 33, *ibid.*); e Pothier ebbe
ꞌorto a dire assolutamente (num. 62) che
« Se noi stipuliamo per un tale, quand'an-
che questi appresso divenga nostro erede,
la stipulazione non sarebbe perciò vali-
da ». Ciò sarebbe alle volte vero, ma per
lo più è falso.

440. Si è fatta quistione se si può fare
una stipulazione, od una promessa efficace
per uno o più eredi, anzicchè per tutti.
Non dubitiamo di rispondere di no per
tutti i casi in cui la quistione può farsi,
perchè vi sarà sempre una liberalità che
potrebbe avere effetto non mai come con-
tratto ordinario, ma secondo le forme spe-
ciali della donazione o del testamento. Ve-
diamo prima il caso della stipulazione. Vi
vendo la mia casa per 20,000 fr., di cui
finchè io viva mi pagherete gl'interessi e
poi pagherete la somma capitale alla mia
morte a Pietro primo-genito dei due figli.

In questo caso dando a Pietro 10,000
fr. che tolgo a Paolo mio secondo-genito,
fo a quello una liberalità di 10,000 che
non potrebbe avere effetto che con un te-
stamento, o una donazione notarile in cui
egli accetterebbe espressamente il credito.
E se pure io convenissi con voi, che pa-
gatomi l'interesse dei 20,000 fr. voi sa-
rete sdebitato, pagando a Paolo 10,000
fr. (invece di 20,000), avrei sempre fatto
a costui la liberalità di 5,000 franchi tolti
a Pietro perchè il prezzo reale della ven-
dita è una vendita vitalizia, più 10,000
fr. da pagarsi alla mia morte. Supponia-
mo ora una promessa. Si conviene che i
20,000 fr. da me dovuti, ve li pagherà
alla mia morte Paolo; ma il mio debito
di 20,000 fr. di pieno dritto si divide alla
mia morte, o per uguali porzioni fra i
miei due figli; quindi facendo pagare l'in-
tero da Paolo, Pietro ha il vantaggio di
una metà, avendo 10,000 franchi più del
fratello nella divisione dei beni. Or essen-
do questa una distribuzione dei beni che
io lascerò alla morte, la disposizione non
potrebbe farsi che con un testamento, o
con una donazione di beni futuri (articolo
1082 (1031)). Se voi riscuotendo da me
finchè io viva l'interesse dei 20,000 fran-
chi, vi contentiate di un capitale di 10,000
fr. dopo la mia morte, nel vostro contratto
non potrei mettere a carico di Paolo tutti i
10,000 perchè vantaggerei Pietro di 5,000
nella divisione del patrimonio che io lasce-
rei alla morte.

In tutti i casi adunque, il figlio in di
cui danno la liberalità sia fatta, potrebbe

alla mia morte fare annullare la clausola che gli reca nocumento.

441. Nissun dubbio per l'ultima parte del nostro articolo, in cui si dichiara che i dritti attivi o passivi risultanti dalle nostre convenzioni, possono non essere più trasmissibili ai nostri eredi o aventi-causa, 1° per l'espressa volontà delle parti, 2° per l'indole medesima del contratto.— Ad esempio del secondo caso si possono allegare, la convenzione che crea un usufrutto (art. 617 (542)), o un dritto di uso (art. 631 (556)), il contratto di locazione di opera (art. 1795 (1641)), la comunione dei conjugi (art. 1441 (1405 M)), la società (art. 1865 (1737 M)), il mandato (articolo 2003 (1875)), ecc. Si osservi che il dritto può essere assolutamente non trasmissibile come l'uso (che non può esser mai esercitato che dalla persona stessa a cui appartiene secondo l'art. 631 (556 M), ovvero relativamente agli eredi, come la rendita vitalizia e l' usufrutto (quali possono essere alienati dal titolare in vantaggio di terze persone). Oltre a ciò si noti che bisogna interrogare qualche volta le circostanze a fine di conoscere se la natura del contratto permetta o no la trasmissione dei diritti; di che abbiamo un esempio per il commodato nell'art. 1789 (1655).

Per quel che riguarda il caso in cui le parti han dovuto esprimere formalmente che il dritto non sarebbe trasmessibile, o assolutamente, o per una tal classe di successori, si seguirà sempre l'intenzione delle parti che fu la legge del contratto.

II.— 442. Sviluppati i nostri quattro articoli 1119-1122 (1073-1076) si comprende di leggieri, perchè si è detto, cioè, che le loro disposizioni non erano necessarie nel Codice, o tutto al più avrebbero dovuto ridursi a talune parole poste in parte nella sezione dell'*Oggetto* dei contratti, in parte nella sezione dell'*Interpretazione* delle convenzioni.

Quanto ai due principî stabiliti dall'articolo 1119 (1073), e a ciascun dei quali i due seguenti articoli fanno eccezione, essi semplicemente significano, 1° che colui che promette il fatto, o la cosa d' un terzo senza l'intenzione di obbligarsi, non contrae obbligazione alcuna, e al contrario colui che li promette obbligandosi, si rende mallevadore ed è tenuto ai danni ed interessi, non adempiendo la sua promessa (art. 1119, 1120 (1073, 1074)); 2° che colui che sceglie ad oggetto della sua stipulazione una cosa, o un fatto che han solo interesse per un terzo, fa un atto di niuna importanza (articolo 1119-1121 (1073-1075)).

Supponendo inutile la spiegazione di regole così elementari, sarebbe stato più logico sopprimer questi quattro articoli, dicendo nella sezione *dell' oggetto* dei contratti esser solo obbligazione valida, quella il cui oggetto dà al creditore un' *utilità* che potrà costringere il promettente *a dargli* (art. 1128 (1082)); e poi nella *materia* dell'*interpretazione*, non esservi obbligazione, ove dalle circostanze si provi che una persona abbia promesso senza intenzione di legarsi.

443. Osserviamo che non bisogna confondersi le stipulazioni o le promesse che uno fa, 1° *nel proprio nome*, e 2° *per altri*, con quelle che potrebbe fare nel caso di mandato, o di gestione di affari. Vendendovi il mio amministratore il taglio del mio bosco, egli promette per *altri* per me; ma egli non promette nel *proprio suo nome*, bensì in nome di altri in mio nome; egli è mio mandatario, mio rappresentante, mio strumento, e son io stesso che prometto per mezzo suo; e stipulando il prezzo della vendita, lo fa per me, ed in nome mio. Ed allorquando lo individuo non ha mandato, se ha promesso, e stipulato pei miei interessi (se egli è un amico, un vicino, incaricatosi spontaneamente dell' amministrazione totale o parziale dei miei beni che per la lunga mia assenza andavano in pericolo) anche qui non si è stipulato, o promesso per me che in mio nome, e non è più il caso dei nostri articoli (v. art. 1372 e seg., 1994 e seg. (1326, 1866)).

Basti qui questa osservazione che sarà espressamente compresa allorquando si svolgeranno le materie della gestione degli affari, e del mandato.

SEZIONE II.

DELLA CAPACITÀ DEI CONTRAENTI

1123 (1077). — Qualunque persona può contrattare, se non è dichiarato incapace dalla legge.

1124 (1078). — Incapaci a contrattare nei casi espressi dalla legge sono:

I minori;
Gl'interdetti;
Le donne maritate;
E generalmente, tutti quelli cui la legge proibisce certi determinati contratti.

444. Stabilito in principio che la capacità di contrarre appartiene per comune dritto a tutti quelli non dichiarati incapaci per testo formale, il Codice indica quattro classi di incapaci di cui tre ci sono già note: 1°. i minori che si suddividono in minori ordinari e in minori emancipati (art. 476 e seguenti (399 e seguenti)). 2° gli interdetti, ossia le persone giudiziariamente interdette (art. 489 e seguenti (412)), o legalmente (articolo 29 C. pen.); e quei che sono colpiti solo di una mezza interdizione, cioè che hanno un consulente giudiziario (art. 499, 513 (422, 436)); indi 3° le donne maritate (articolo 217 e seg. (206 M e seg.)).

Le regole riguardanti queste tre classi d'incapaci, sono state sufficientemente spiegate nel primo libro, d'onde risulta che le parole *nei casi espressi della legge*, applicate dai compilatori soltanto alle donne maritate, si applicano ugualmente con una distinzione alle due prime classi. Infatti, se i minori ordinari e gli interdetti propriamente detti sono assolutamente incapaci, gli emancipati e gl'individui provveduti solo d'un consulente hanno una incapacità relativa. La donna maritata che è pubblica mercantessa, può contrarre per ciò che concerne il suo traffico, e per l'amministrazione delle sue sostanze, se separata di beni (art. 217, n. III (206 M)).

La quarta classe di incapaci abbraccia gl'individui perfettamente capaci in principio, i quali da speciali testi sono interdetti a far taluni contratti a causa di particolari circostanze. Perciò il tutore non può comprare nè prendere in fitto i beni del suo pupillo (art. 450, par. 3 (373)), e tra conjugi è vietato il contratto di vendita (articolo 1485 (T) ; vedi pure articolo 1596, 1597, 1840, ec. (1441, 1442, 1712)).

445. Quantunque il testo del Codice pareggia i minori agli interdetti e alle donne maritate e li pone primi tra gli *incapaci di contrarre*; quantunque pur noi seguendo il modo comune comprendiamo sempre i minori nella denominazione di *incapaci*, nompertanto la loro incapacità differisce moltissimo da quella degl'interdetti e delle donne maritate, e non è affatto una incapacità di contrarre.

Che cosa è infatti l' incapacità di contrarre? è lo stato di colui dichiarato dalla legge inabile ad impegnarsi validamente, e che può quindi per tale sua qualità rompere una convenzione da lui contratta. Ora è tale la condizione della donna maritata e dell'interdetto, ma non quella del minore, anche non emancipato. Quando l'interdetto ha fatto una convenzione che dovea fare il suo tutore, potrà entro i dieci anni che corrono dal giorno in cui è cessata l'interdizione, fare annullare l'atto, provando semplicemente che egli era allora interdetto. E del pari, la donna maritata che ha contratto senza l'autorizzazione del marito potrà entro dieci anni dallo scioglimento del matrimonio, far annullare il contratto, provando soltanto la sua qualità di donna maritata nel momento della convenzione (art. 1304 (1258)). Non è così pel minore anche emancipato; e ve-

dremo nell' art. 1305 (1259) come l'atto fatto da lui solo non potrebbe affatto impugnarsi per la sua minore età, se non quando ei provasse la lesione sofferta.

Il minore adunque non inabile ad impegnarsi *nè incapace a contrarre*, può semplicemente *essere restituito per lesione*; eccettone questo, e finchè si allegherà solo la qualità di minore, l' obbligazione resterebbe valida, nel mentre sarebbe nulla per la qualità della donna maritata o dell'interdetto.

Perlochè è strano che il Codice e esso tutti i giureconsulti chiamino senza il minore *incapace a contrarre*; il modo si è fatto tanto familiare è vano sperare di non più udirlo; ma una locuzione inesattissima. Per voler guire da presso tal linguaggio, si può che il minore è *incapace di ledersi* suo *contratto*.

1125 (1079). Il minore, l'interdetto e la donna maritata non possono impugnare, per causa d'incapacità, le loro obbligazioni, che nei casi preveduti dalla legge.

Le persone capaci d'obbligarsi non possono opporre l'incapacità del minore, dell' interdetto o della donna maritata, con cui esse hanno contrattato.

446. L' incapacità degl'interdetti, delle donne maritate, come anche la lesione che un minore ha potuto soffrire per effetto del suo contratto, non rendono nullo l'atto, ma solo annullabile; quindi l' annullamento può soltanto chiedersi nei termini, e con le restrizioni imposte all' azione (artic. 1304, 1308, 1311, 1338, (1258, 1262, 1265, 1292)). *Tal regola* eraci già nota, come pur l'altra che doveva potersi solo chiedere l'*annullamento* dalla parte incapace, e non da colui con cui ella ha contratto.

SEZIONE III.

DELL'OGGETTO E DELLA MATERIA DEI CONTRATTI

1126 (1080).—Qualunque contratto ha per oggetto una cosa che uno dei contraenti si obbliga di dare, ovvero si obbliga di fare o non fare.

447. La proposizione applicata dal nostro articolo al contratto, sarà molto più esatta applicandosi all'obbligazione che ne deriva. L'obbligazione infatti ha sempre e necessariamente per oggetto *qualche cosa* che la parte promette *di dare* o nel senso stretto (trasferire in proprietà) o nel senso più largo (procurare, fare avere) o di fare, o non fare *aliquid, dandum, vel praestandum, vel faciendum, vel non faciendum*. Il contratto non avrà sempre *un oggetto*, spesso ne avrà due; il contratto sinallagmatico crea due obbligazioni, ed avendo ognuna di esse necessariamente il suo oggetto, ve ne saranno molti nella convenzione.

Vendendovi la mia casa per 60,000 franchi, la casa è l'oggetto della mia obbligazione, i 60,000 franchi l'oggetto della vostra; e i due oggetti delle nostre scambievoli obbligazioni sono l'uno e l'altro l'oggetto del nostro contratto. I nostri articoli furono così compilati per essersi confuso il contratto e l'obbligazione che ne sorge, per la falsa idea che l' obbligazione e il contratto sono tutt'uno. La legge avendo parlato negli artic. 1126-1128 (1080-1082) dell' oggetto del *contratto*, ci parla negli articoli 1128, 1130 (1082, 1084) dello oggetto della *obbligazione*; per essa sono la stessa cosa.

Nel trattato di Pothier le varie regole della nostra sezione sotto la rubrica dello *oggetto e della materia dei* CONTRATTI furono prese tutte dalla sezione in cui questo giureconsulto trattava *dell'oggetto e della materia delle* OBBLIGAZIONI (n. 120 e seguenti).

L'art. 1108 (1062) sviluppato nelle nostre diverse sezioni, presenta anche tracce di tale confusione. I compilatori che parlando della convenzione volgeansi all'obbligazione , han voluto un *oggetto* , una *causa* per la validità del contratto , nel mentre bisognano spesso molti oggetti di obbligazioni, e quindi anche molte cause, essendo causa di un'obbligazione appunto l'oggetto della correlativa obbligazione (articolo 1108, n. V (1062)).

1127 (1081).—Il semplice uso od il semplice possesso d'una cosa può essere oggetto di contratto, come la cosa medesima.

448. Non era mestieri esser ciò detto nella legge; un fatto qualunque, qualsiesi cosa, un dritto su tal cosa può essere oggetto di una obbligazione. Non importa che tal dritto sia reale o personale, o l'usufrutto del vostro podere , o una servitù sulla vostra casa , od anche la facoltà di servirmi del vostro cavallo per un viaggio; basta che ciò a cui voi vi obbligate possa essermi utile.

1128 (1082).—Le sole cose che sono in commercio, possono essere oggetto di convenzione.*

449. Le cose o i fatti che sì per la loro natura, sì per la speciale volontà del legislatore trovansi fuori del commercio , e sottratte alla disposizione dell'uomo, non possono essere riguardate dalla legge, come oggetto di obbligazione.

Sono fuori del commercio:

1° Le cose che non sono in natura. È chiaro adunque che la promessa di dare un Ciclope, potrebbe farsi per ischerzo o per demenza.

2° I fatti fisicamente impossibili : non potrebbe ad esempio promettersi, con idea di obbligarsi, di andare in un giorno da Parigi a Costantinopoli.

3° I fatti illeciti, chiamati anche legalmente e moralmente impossibili. Sono quelli proibiti dalla legge, contrarî al buon costume, o all'ordine pubblico (art. 1133 (1087)). Sono proibiti dalla legge tutti i fatti contro cui cade una disposizione penale, i fatti, i delitti e le contravvenzioni. La classe dei fatti contrarî al buon costume, quantunque confondesi in gran parte colla precedente, pure qualche volta ne va distinta, essendovi fatti che la legge penale non colpisce, ma riprova la pubblica morale. Per ordine pubblico il legislatore intende quello stato di cose che ei mantiene come utile od anche necessario al bene della società : non potrò io perciò obbligarmi validamente a non far uso dei miei diritti elettorali.

4° Le cose del pubblico demanio, cioè i beni pubblici dello Stato o dei comuni (*Oss. prelim.* degli art. 537 e seg. (462 e seg.). I fiumi , le strade pubbliche , le Chiese, non possono, riguardati come tali, essere oggetto di convenzioni particolari , ma potrebbe farsi una promessa che abbia per oggetto di renderli beni privati, e procurarli a tal titolo; posso io dunque validamente obbligarmi a far deviare una strada comunale , e farvela ottenere in cambio di quell'altro terreno, e non vi riuscendo sarò tenuto ai danni ed interessi.

5° Gl'individui, e tutto ciò che concerne il loro stato civile. Io non posso vendermi ad un altro, nè per convenzione rompere i dritti che ho sui miei figli , sciogliere il mio matrimonio, autorizzare mia moglie a separarsi da me. Certo, taluni contratti riguardanti anche lo stato delle persone, come il matrimonio e l'adozione, sono leciti; ma al contrario delle convenzioni ordinarie , delle convenzioni pecu-

*—Degli spogli dei vescovi non si può disporre per testamento. C. S. di Napoli, 2 giugno 1821.

— Sono invalide le convenzioni sullo stato degli uomini. C. S. di Napoli, 7 gen. 1846.

niarie (che sono sempre possibili per dritto comune, e solo interdette da speciali testi), tali contratti sono interdetti in principio, e divengono validi per eccezione, nel caso e nelle condizioni formalmente indicate dal legislatore.

6° Finalmente le cose tolte al commercio da una disposizione formale della legge, come i grani immaturi (L. del 3 messidoro an. III), i veleni, alcune armi, e nella medesima nostra sezione la successione di persone ancora viventi (art. (1084)).

450. Del resto, tali diverse classi ri no alquanto le une nelle altre. Imp chè le stipulazioni su di una succes futura sono proibite come contrarie sana morale; e nel fine dell' ordine blico e per la generale sicurezza dello si proibisce dalla legge la vendita del no immaturo, dei veleni, ec. (vedi la s gazione dell'art. 6 (7)).

1129 (1083).— L'obbligazione deve avere per oggetto una cosa determinata, almeno riguardo alla sua specie.

La quantità della cosa può essere certa, purchè possa determinarsi.

451. Cotesto articolo trova la sua spiegazione in quel che si è detto al n.° IV dell'art. 1108 (1062) cioè, che l'oggetto deve essere immediatamente determinato, o almeno sufficientemente determinabile perchè il promettente sia seriamente legato e possa essere costretto a procurare allo stipulante una reale utilità. Tale è il senso evidente di questo testo, il quale nel chiedere un oggetto determinato *nella sua specie*, non intende di certo proscrivere le obbligazioni di *genere*; perchè poi un genere non è altro, rispetto a un genere più largo, che una specie, e la specie diventa un genere per le specie più piccole che abbraccia. Adunque non dovrebbesi dire: la promessa di dare un cavallo è nulla, perchè la parola cavallo indica un genere che contiene varie specie di cavalli; nemmeno sarà valida la promessa di dare un *quadrupede*, essendo *questo una specie del* genere animale. Lo ripetiamo, ogni specie è genere, e viceversa; *e la legge* vuole una specie o un genere abbastanza determinato, intendendo solo proscrivere, il genere talmente illimitato, e che lascia tale latitudine quanto colui che promette non potrebbe esser costretto ad alcuna cosa utile.

In questo principio come si è detto, rientra la seconda regola dell' art. 1119 (1073)), cioè di non potere io stipulare una cosa o un fatto che solo tornerebbe in vantaggio d'un terzo, avvegnachè l'oggetto della promessa a me non darebbe alcuna utilità, nè avrei interesse nè azione per pretenderne l'eseguimento.

1130 (1084).— Le cose future possono essere oggetto di una obbligazione.

Non si può rinunciare però ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione sopra la medesima successione, neppure col consenso di quello della cui eredità si tratta.*

452. Le cose non ancora esistenti, ma da esistere possono formare l' oggetto di una promessa; io posso vendervi il ricolto che mi darà il mio podere nel prossimo anno. Ma si fa eccezione a tal principio se la cosa futura è una successione; e l'articolo 799 (716) ha dichiarato non potersi fare alcun patto sulla successione d'una persona ancor viva, nè *anco nel contratto* del matrimonio quantunque sia favorito. È

* — Le rinunzie autorizzate dal diritto canonico non incontrano ostacolo nelle leggi civili, per la volontaria incapacità in cui il religioso si mette, come trovasi sovranamente dichiarato coi rescritti del 9 marzo 1822 e 15 gen. 1843. C. S. di Napoli, 8 apr. 1846.

a come si sa una derogazione alla no- antica giurisprudenza; e il nostro ar- vuole che all'opposto del dritto ro- simili stipulazioni non diventino nè anco possibili coll'assenso del *de cujus*. Sono note le derogazioni degli art. 761 e 1082 (T e 1038) intorno a tal proibizione.

SEZIONE IV.

DELLA CAUSA

i3. La nostra sezione secondo la ru- ı ed il capitolo, occupasi della causa ı convenzione, e questa è in fatti l'e- ssione di cui si serve l'art. 1132 (1086) mentre l'art. 1131 (1085) parla della sa della *obbligazione*. E ciò deriva ıpre dalla confusione fatta dai compi- ıri tra il contratto e l'impegno che fa cere. Questa circostanza in ciò che ri- rda il nostro capitolo non ha cosa al- ıa di positivo, e ci basta fare qui osser- 'e, come si è fatto per l'oggetto delle bligazioni, che se l'*obbligazione* ha bi- gno d'una causa, il *contratto* in vece deve spesso averne molte, perchè spesso presenta molte obbligazioni.

Del resto, la causa dell'obbligazione è, come si è detto nel n. V dell'art. 1108 (1062), nell'immediato motivo dell'impegno; è questo il vantaggio procuratomi dall'altra parte, in tutti i contratti a titolo oneroso (sia sinallagmatico o unilaterale), e il desiderio di render servizio nei contratti di beneficenza. Se il contratto a titolo oneroso è sinallagmatico, *la causa* di ogni obbligazione trovasi *nell'oggetto* dell'altra obbligazione (1).

1131 (1085). — La obbligazione senza ısa, o fondata sopra una causa falsa od illecita, non può avere alcun effetto.*

454. Il nostro testo dichiara senza ef- to, e perciò radicalmente nulla ogni promessa fatta senza causa o 2° per falsa causa, o 3° per causa illecita. Non può es-

(1) Toullier nella *materia del Codice civile* ci segna che la causa d'un contratto non è altro e *la cosa in cambio della quale altra cosa è omessa;* d'onde trae la conseguenza molto lo- :a, in vero che *la donazione è un contratto* ıza *causa!!!* Giusta tal preteso principio biso- erebbe anche dire che i contratti di mandato, comodato, di deposito formansi *senza causa!* è più strano che l'autore istesso ci dice altro- che il *contratto senza causa è nullo di pieno* itto, *che non ha neanco una esistenza preca-* a, *che esso è il nulla assoluto!* Se la donazione, mandato, ec. sono contratti senza causa, ed il ntratto senza causa è nullo, dunque non vi può sere legalmente nè donazione, nè mandato, nè posito, ec. Altra idea del professore medesimo è che non esistono contratti unilaterali; tutti i ntratti, ei dice, sono sinallagmatici, tutti conten- no reciproche obbligazioni (IV, pag. 255, 286, 37).

Simili idee non si confutano.

* Massime della C. S. di Napoli.

— La causa impulsiva è differente dalla causa nale. Quest'ultima si equipara alla condizione, vendone tutti gli effetti; quindi allorchè manca, atto divien nullo. Ma ciò non è applicabile alla causa impulsiva. 23 gen. 1822.

— È invalida una convenzione fondata su falsa causa, nascente da errore anche di dritto. 28 marzo 1822.

— La falsa causa, o la causa illecita di una obbligazione già ceduta ad un terzo, non è ammissibile sul solo fondamento di una occulta controscrittura. 21 apr. 1849.

— L'attore che ha un atto obbligatorio non esprimente causa, è nel dovere di provare la esistenza di una causa lecita che informi e sorregga la obbligazione: altrimenti ha luogo la massima, *actore non probante reus absolvitur*. 1 dicembre 1849.

— La simulazione della causale del debito, e della persona del creditore, non porta la nullità del chirografo. La legge non proibisce le simulazioni consentite fra i contraenti, ed innocue ai terzi; e per esse sta il principio, *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*. 13 aprile 1830.

— Non può dirsi senza causa l'obbligazione assunta di pagarsi una resta di dote, quantunque non si esibisca titolo di costituzione della dote. 3 giugno 1832.

servi promessa senza causa che quella di un demente o d'un individuo che (per qualsiasi circostanza) fosse attualmente uscito di senno; allorquando chi gode del suo buon senso si dichiara obbligato a pagarmi una quantità di denaro, egli vi è indotto da un motivo, se non altro dal desiderio di farmi un dono. La pretesa obbligazione senza causa non sarebbe dunque nulla soltanto perchè vi manca la causa che è la quarta condizione richiesta dall'articolo 1108 (1062); ma altresì perchè mancando la prima condizione che è il consenso, non esiste il contratto che dovea ingenerare l'obbligazione. Ma questa prima parte del nostro articolo può applicarsi, senza alcuna ipotesi di demenza, per una causa futura, o se non altro successiva.

Quando io prendo in affitto la vostra casa per tre anni e a capo di sei mesi ella trovasi incendiata, l'obbligazione mia di pagarvene la pigione che ha per causa il godimento della casa, finirà per mancanza di causa da che fu quella bruciata. Dell'istesso modo, se ho promesso pagarvi il vostro ricolto di grano 500 franchi, ed una inondazione lo faccia totalmente venir meno. Non sarebbe così (in quest' ultimo caso) se io avessi comprato, non già il ricolto, ma quel che si caverebbe dal ricolto, facendo un contratto aleatorio; perchè allora l'evento del molto, del poco, o nulla è la cagione del mio impegno.

455. Allorchè la causa esiste nell'animo del promettente, ma non è affatto reale, per l'errore di lui, o in altri termini quando vi è falsa causa, l'obbligazione è pure radicalmente nulla. Se convenissi che invece di pagarvi quel denaro che in forza del testamento di mio padre io debbo pagarvi, vi dia tanta quantità di frumento, di grano, e poi si trovi un testamento posteriore che revoca il vostro legato, la mia obbligazione è nulla per falsa causa, per mancanza di causa reale. La mia promessa di darvi il grano aveva per causa nell'animo mio la estinzione dell'obbligo che aveva di pagarvi la somma legata; ma non esistendo realmente siffatto obbligo, non vi sarebbe stata estinzione e perciò non ha avuto mai causa la mia promessa di darvi il grano.

Allorchè la causa è reale, *ma illecita*, l'obbligazione del pari non esiste legalmente. La causa è illecita, *se contraria alle leggi, ai buoni costumi, o all'ordine pubblico* (art. 1133 (1087)).

1132 (1086). — La convenzione non lascia di essere valida, ancorchè la causa non sia espressa.

456. Una obbligazione scritta è valida senza esprimerne la causa; purchè dessa esista, e sia lecita, null' altro fa d' uopo. Nel solo contratto unilaterale può mancare l'indicazione della causa, perchè nelle convenzioni sinallagmatiche le cause delle scambievoli obbligazioni saranno espresse dall' indicazione stessa del contratto. Obbligandomi per iscrittura a vendervi il mio cavallo per 500 fr., con ciò solo indichiamo l'oggetto e la causa delle nostre due obbligazioni; perchè la mia obbligazione ha per oggetto il cavallo, e per causa il vostro debito di 500 franchi, e la vostra ha per oggetto i 500 fr. e per causa la compra del cavallo.

Ma se in un contratto che crea una sola obbligazione, e non ne esprime la causa (a modo di esempio, quando si è voluto scrivere: io mi obbligo a pagare tal somma ad *N* in quel tempo) se, diciamo, questa mancanza di indicazione della causa è indifferente per la validità della obbligazione, è parimente tale per la prova di essa? Tale scrittura non indicante la causa sarà dessa un titolo sufficiente del creditore? o forse il creditore sarà obbligato di provare inoltre che esiste la causa che non è indicata? Per tal punto molto disputato, più che per l'altro di cui si occupa il nostro articolo, un espresso testo sarebbe stato molto utile. Esso offre una quistione di prova, e non di validità; e noi non ne terremo discorso qui, chè non è il luogo, ma nel capitolo *della prova* (art. 1315. n. IV (1269)).

1133 (1087). — La causa è illecita quan- proibita dalla legge, quando è contraria ai buoni costumi od all'ordine pubblico.*

57. Avendo minutamente sviluppato gli coli 6 e 1128 (7, 1082), qui facciam riflettere, come un fatto perfettamente to, se preso per causa d'una obbligae, può diventare illecito, e rendere la la stessa. — È cosa più che lecita il o di un giudice che pronunzia la libeione d'un innocente. Purnondimeno se il giudice e l'accusato si fosse conveto, che l'uno darebbe all'altro in prezzo lla sua futura liberazione 500 fr., l'obigazione sarebbe nulla per causa illeci-; essendo immorale di adempiere per 'ezzo al proprio dovere. Così, se il depotario chiedesse da me una somma di anaro, per restituirmi la cosa a lui condata. Purchè la causa della mia obbligaione, e l'oggetto della vostra non sieno lleciti, il fatto che le costituisce non bata sia permesso, dovendo anzi essere pernesso, e non per se stesso obbligatorio. mperocchè se il fatto è imposto dalla lege, o dalla morale, sarebbe immorale il onsentirvi a prezzo di danaro.

458. Allorchè la causa della mia obligazione sarà lecita dalla parte di colui col quale mi sono obbligato, potrò farmi restituire quel che avrei pagato per l'adempimento di tale promessa, o di una obbligazione senza causa, o per falsa causa. Ma se da ciascuna parte vi fosse immoralità, contravvenzione ai buoni costumi o alla legge, il promettente che ha eseguito potrebbe egli rivenire dalla esecuzione data? Molti giureconsulti, seguendo qui la dottrina del dritto romano e di Pothier, rispondono del no. — La legge, dicono essi, non può soccorrere un delinquente, nè ammettere un'azione che trae motivo dal fatto illecito del reclamante, *nemo auditur propriam turpitudinem alligans;* nel medesimo modo adunque, che lo stipulante non può invocare l'autorità per la esecuzione, non lo può il promettente per fare annullare l'esecuzione compiuta. La legge in tutti i casi non si intrometterà in tali atti, e le cose resteranno sempre nello stato in cui si troveranno.

Noi non sapremmo adottare questo sistema, che sembraci anche contrario all'interesse sociale, non che al testo della legge. Il nostro Codice, dissimile dal dritto romano, non permette mai che alcuno si arricchisca col danno altrui; nè vuole che si possa mai trattenere per sè la roba altrui. Così l'art. 1376 (1330) dichiara per quanto più assolutamente, che chiunque riceva ciò che non gli è dovuto, è obbligato a restituirlo, senza distinguere nè il perchè, nè il come sia stato dato, mentre secondo il dritto romano non poteva richiedersi da chi avea pagato ingiustamente, salvo che per errore « *si quis indebitum ignorans solvit, condicere potest, sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio* (*D.*, 1, 12, t. VI, 1). Non bisogna adunque trarre qui argomento dal dritto romano; essendosi data una cosa per adempiere un' obbligazione nulla, e però non dovuta, il giudice non può fare a meno, secondo l'art. 1376 (1330), di ordinarne la restituzione. La contraria dottrina applicata da qualche decisione al caso in cui fu richiesto da una parte il prezzo d'offici ministeriali convenuto fuori del trattato ostensibile, è oggi respinta dalla giurisprudenza (1).

459. Notiamo da ultimo che siccome la mancanza di causa o di oggetto (di causa o di oggetto reale, serio e lecito), come pure

* — È nulla, come fondata sopra causa illecita, la convenzione fatta tra oblatori, con la quale si prometta un premio a quelli che si asterranno dal licitare. C. S. di Napoli, 11 apr. 1844.

(1) Parigi, 1 marzo 1844; Cassazione d'una decisione di Rouen, 30 giugno 1844; Rig., 1 agosto 1844; Caen, 12 febbr. 1845; Rig., 17 dic. 1845; Cassazione d'una decisione di Metz, 5 gen. 1846; Parigi, 5 dic. 1846. — Parigi, 12 gen. 1847; Riom, 10 maggio 1847; Rig., 26 dic. 1848, Rig., 3 gennaro 1849 (Dev., 45, 1, 582, 2, 307; 45, 1, 584; 46, 1, 116, 118 e 137; 47, 2, 228; 49, 1, 29 e 282).

la mancanza di consenso, non solo fanno che l'obbligazione possa annullarsi (come i semplici vizî di consenso, o di incapacità), ma anzi che si formi, così non si ratificherà siffatta obbligazione, non confermandosi quel che non esiste: *quod nullum est confirmari nequit: quod nullum est, nullum producit effectum*. La capacità del pro-tente, e certe tali qualità nel consenso parti sono condizioni essenziali perchè bligazione sia solamente *valida*; ma l stenza del consenso, l' oggetto e la c sono condizioni essenziali perchè dess formi.

CAPITOLO TERZO

DELLO EFFETTO (DELLE CONVENZIONI E) DELLE OBBLIGAZIONI

460. Abbiamo già detto nelle osservazioni preliminari di questo titolo, come il nostro terzo capitolo sotto la inesatta rubrica dell'*effetto dell'obbligazioni*, si occupi or *dell' effetto dell' obbligazioni*, or dell'effetto *dei contratti*; cose da non doversi confondere. Come prendersi per una sola e medesima cosa, l'effetto della convenzione, e l'effetto dell'obbligazione, quando questa non è in se stessa (almeno il più delle volte) che un effetto di quella? 1° Creare obbligazioni ; 2° estinguerle ; 3° trasferire la proprietà, o i suoi smembramenti, son questi gli effetti della convenzione , del contratto (articolo 1101 , 1234 1138 (1055, 1187, 1092)). Gli effetti della obbligazione consistono unicamente nella facoltà data al creditore di impiegare i mezzi legali 1° per costringere il debitore a dargli quel che gli deve; 2° per farselo dare da altri a spese del debitore; 3° o come ultimo spediente, per ottenere da lui i danni-interessi.

E se l' obbligazione non produce gli effetti del contratto , questo non produce nè anco gli effetti di quella. Senza fallo, poichè il contratto può produrre l'obbligazione, può anche produrne gli effetti, ma da prima non le produrrà che come ulteriori conseguenze, e non come da esso ingenerati; in secondo luogo, il contratto può anche esistere senza far nascere obbligazione alcuna, e facendo semplicemente estinguere obbligazioni, e trasmettere dritti reali ; finalmente se l' obbligazione e per conseguenza i suoi effetti possono risultare dal contratto , lo possono anche da altra sorgente: da un quasi - contratto , da un quasi-delitto . o anche dalla legge. Così da una mano gli effetti del contratto non possono mai essere prodotti dalla obbligazione. E gli effetti della obbligazione esisteranno spesso senza che vi sia stato contratto ; e scambievolmente , un contratto potrà esistere senza che vi sia effetto di obbligazione. Ed anche nel caso in cui questo effetto derivasse da una obbligazione , ne sarebbe sempre una conseguenza mediata e lontana ; *non sarebbe* come effetto del contratto , ma come effetto della obbligazione, la *quale lo avrebbe* sempre prodotto quand' anche non avesse avuto il contratto per *principio*.

461. Nulla dunque meno esatto, meno logico della rubrica del nostro capitolo; e non bisogna perder di mira come qui trattasi 1° dello effetto dei contratti o delle convenzioni, e 2° dello effetto delle obbligazioni (sieno o nò convenzionali).

Tratteremo separatamente dello effetto delle convenzioni *in una prima parte* la quale presenterà il commentario delle sezioni I , V , VI, e d' una parte della sezione II; di poi l'effetto delle obbligazioni in una *seconda parte* , che conterrà la spiegazione del resto della sezione II, e delle sezioni III e IV.

462. *Vedesi in questo capitolo III come noi rechiamo un profondo interrompimento all'ordine del Codice, ma per render facile l'isolata ricerca d'un testo: abbiamo messo alla fine del capitolo, prima dell'art.* 1168 (1121), *un quadro che indica i numeri in cui trovansi i vari articoli.*

PRIMA PARTE DEL CAPITOLO III.

DELLO EFFETTO DELLE CONVENZIONI

SEZIONE PRIMA

GENERALI DISPOSIZIONI

34 (1088).—Le convenzioni legalmente nate hanno forza di legge per coloro le hanno fatte.

ion possono essere rivocate, che, o per mutuo loro consenso, o per le cause autorizzate dalla legge.

Esse devono essere eseguite di buona fede.*

SOMMARIO

La convenzione obbliga le parti ugualmente che la legge; ma non costituisce una legge, e non si può ricorrere alla Corte Suprema per la sua falsa interpretazione.

. *Il mutuo consenso può risolvere la convenzione per il futuro; ma la risoluzione può avere effetto retroattivo per le cause indicate dalla legge. Conseguenze.*

III. Il nostro Codice non ammette contratti stricti juris.

I. — 463. Il dire che le convenzioni anno forza di legge per coloro che le anno fatte, non importa che desse sieno ggi propriamente dette, ma solo che elle rmano una regola, la quale non meno ie la legge è obbligatoria per le parti. Non si comprende come alcuni giureonsulti, prese alla lettera quelle espresioni, ne abbiano conchiuso che la sentena profferita in ultima istanza che avrebe interpetrato male la convenzione, avrebbe on ciò falsamente applicato *una legge*, dovrebbe esser quindi annullata! Ciò imorterebbe fare della Corte suprema un erzo grado di giurisdizione.

Come ben l'ha detto Henrion di Pansey, piato innanzi la Corte di cassazione non più tra le parti, ma *fra la decisione mpugnata e la legge.*

La legge è da una mano, e la decisioie dall'altra; bisogna comparare questi due soli elementi. Allorquando risulta da una sentenza, che il contratto valutato dalla Corte di appello era una vendita, e nel decidere ha applicato i principi di quella materia, non vi ha luogo ad annullamento, quand' anche i termini dell' atto (non riportati nella decisione), o altre circostanze estranee alla decisione mostrerebbero che il contratto era una locazione. Se una sentenza applicando ad un contratto le regole della vendita, facesse scorgere dai caratteri indicati, che quella era una locazione, dovrebbe esser cassa; chè allora risulterebbe, comparando il testo della sentenza e quello del Codice, che si sono falsamente applicate le regole del titolo della vendita, e violate quelle del titolo della *locazione*. Ma finchè non risulti dalla *stessa sentenza*, che si è male interpretato questo o quel *testo della legge*, fosse pur chiaro come la luce, che si sieno mal comprese le con-

* Massime della C. S. di Napoli.

— Il patto di redigersi un contratto in pubblico istrumento, fa sì che debba il medesimo reputarsi come un progetto rivocabile. Non così, se il contratto si è già eseguito col fatto. 5 mar. 1822.

— È valida la convenzione, quantunque siavi difetto nelle forme legali, se essa è provata e non sia della categoria di quelle per le quali le forme sien prescritte *sollemnitatis gratia*. 16 mar. 1843.

— L'osservanza dei patti stabiliti dalle parti, e del loro contratto giudiziario, è il principale dovere dei magistrati, chiamati dalla legge a dirimere le controversie, e le liti insorte tra esse; ed un convincimento contrario a tale dovere, perchè prodotto dall' arbitrio, non può farsi sussistere. 10 giugno 1847.

— I patti sono inviolabili. 21 febbr. 1850.

venzioni delle parti; vi è un mal giudicato; perchè per fermo le convenzioni non sono leggi. Cotesti principî che la Corte suprema sembra avere qualche volta dimenticato, sono stati consacrati il 31 dicembre 1835 sulle conclusioni del dotto avvocato generale Nicod; e tale è pur la dottrina degli scrittori (1).

II.—464. Deve con discernimento comprendersi quel che dicesi nel secondo paragrafo, cioè che le convenzioni possono essere *revocate* col *mutuo consentimento* delle parti. Rivocare una convenzione sarebbe, rigorosamente parlando, annientarla retroattivamente come se non fosse mai stata; or non può ciò prodursi col consenso mutuo delle parti. Può esso estinguere le obbligazioni create o ritirare i dritti reali che si erano trasferiti; ma non può fare che tali obbligazioni, tali dritti non sieno esistiti. Vendendovi la mia casa per 50,000 franchi, possiamo benissimo render nulli gli effetti del contratto per l'avvenire; ma voi siete stato sempre proprietario della casa, ed io vostro creditore di 50,000 franchi. Se dunque nell'intervallo che passa dalla vendita alla rivendita che me ne farete, le servitù che avete voi concesso sulla casa sussisteranno; e se io ho trasferito ad un terzo una porzione del vostro debito, voi per questa parte restarete debitore di colui. Il mutuo consenso non può fare altro che trasferire i dritti reali o estinguere le obbligazioni consentite dalla prima convenzione.

465. Il nostro paragrafo al contrario è rigorosamente esatto, allorchè dice che le convenzioni possano essere rivocate per le cause che la legge autorizza.

Facendo sciogliere la vendita fatta, o per incapacità, per violenza, per l'ineseguimento del vostro impegno (articolo 1184 (1137)), o per qualunque altra causa, il contratto è come non mai esistito: la casa legalmente è rimasta mia, e le servitù o altri dritti reali che voi avete potuto costituire svaniscono; il vostro debito di 50,000 franchi è retroattivamente sparito, e la totale o parziale cessione che avrei potuto farne, rimane come non fatta.

III. — 466. In Roma è noto come l'effetto delle convenzioni dipendesse spesso da rigorose regole, e da matematiche formule la cui conseguenza poteva essere di civilmente obbligare colui che evidentemente nulla dovea, o scambievolmente; di modo che il risultato più esattamente conforme al dritto era spesso il *più profondamente* iniquo, *summus ius summa iniquitas*. Era altrimenti soltanto in una certa classe di contratti le cui azioni permettevano al giudice di pronunziare non secondo i rigorosi principî del dritto civile, ma secondo le regole d' equità, *ex fida bona*, *ex* equo et bono, e chiamavansi per questo *azione di buona fede* in opposizione alle *azioni* di *stretto dritto*.

Il Codice civile del nostro terzo paragrafo stabilisce come principio fondamentale, dovere la buona fede presieder sempre all'eseguimento delle convenzioni. Non vi son dunque da noi azioni di stretto diritto; nè più quelle regole, quelle formole, che debbono vincerla sulla volontà dei contraenti; il giudice deve sempre pronunziare *ex aequo et bono*, indagando con tutti i possibili mezzi qual sia *stata la* comune intenzione delle parti, onde darle il suo pieno effetto. Lo articolo seguente sviluppa tale idea.

1135 (1089). Le convenzioni obbligano non solo a ciò che vi si è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la di lei natura.

467. Con ciò si spiega che le convenzioni devonsi apprezzare di buona fede e ricevere tutti gli effetti che le parti hanno avuto intenzione di dar loro. Tale intenzione non bisogna solo trovarla nei termini della scrittura della convenzione, ma anche

(1) Dev., 36, 1, 189.— Toullier (VI, 193); Duranton (X, 379 e 380); Zachariæ (I, p. 74).

principi d'equità, nell'uso del paese, nelle ole generali della legge, alle quali le ti non avrebbero mancato con una e-essa dichiarazione di derogare, se non ssero voluto conformarvisi.

l principio, che bisogna sempre indagare la comune intenzione dei contraenti, ci conduce naturalmente a studiare qui la sezione del nostro capitolo relativo alla interpretazione delle convenzioni. È evidente infatti che questa sezione è lo sviluppo di tal principio.

1136 (1090).—(Vedi per l'indicazione la pagina in cui si trova questo articolo, il piccolo quadro posto prima nello art. 1168 (1121)).

SEZIONE V.

DELL'INTERPETRAZIONE DELLE CONVENZIONI

1156 (1109). — Nelle convenzioni si dee lagare quale sia stata la comune intenone delle parti contraenti, anzichè attersi al senso letterale delle parole.*

1157 (1110).—Quando una clausola è suscettiva di due sensi, si debbe intendere in quello con cui può aver qualche effetto, piuttosto che in quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno.

468. Di certo che non si stendono gli tti per non dir nulla. Così togliamo eempio da Pothier nel di cui trattato sono tate attinte tutte le regole della nostra ezione: allorchè un atto dice che « Pieo e Paolo han convenuto che questi passrà sulle sue *terre* » quantunque il sen- grammaticale porti che Paolo potrà passre sulle proprie *terre*, non ci fermereo a questa idea, essendo evidente che non si fa una convenzione per passare sul proprio terreno. Si scorgerà dunque come Paolo abbia stipulato il dritto di passare sulle terre di Pietro. Si applicherà così il nostro articolo, il quale vuole doversi scegliere fra due quel senso che dà un effetto alla clausola; non che il precedente, giusta il quale dee piuttosto badarsi all'intenzione, che al senso letterale delle parole.

1158 (1111).—Le parole suscettive di ue sensi debbono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto.

469. Si suppongono qui dei termini con ari sensi che darebbero effetto al contratto. modo di esempio, prendo in affitto la ostra casa per nove anni *pagandore*e 300 franchi; li dovrò una volta o in gni anno? L'indole del nostro contratto he è una locazione e non una vendita, roverebbe in generale che i 300 fr. si debbono in ogni anno. Ma aggiungiamo con Pothier, andar diversamente la cosa, se dalle circostanze sorgesse l'idea contraria; se fosse, ad esempio, una piccola proprietà non mai stata locata più di 30 o 40 franchi per anno, i 300 franchi sarebbero l'unico prezzo dei nove anni di pigione.

Le nostre varie regole adunque si rias-

* La intelligenza data da' giudici di merito ad n contratto non va soggetto a censura. Nè vale dire che a diversa idea meni il senso letterale ell' atto, o che il contratto non presenti alcuna ubbiezza, perchè il dubbio vi è sempre, quando contendenti non sono di accordo intorno alla sua ntelligenza ed estensione. C. S. di Napoli, 27 maro 1851 (cam. riun.).

— Ove la volontà delle parti e la natura delle convenzioni si trovino spiegate con evidenza e precisione, la interpetrazione intesa ad eluderle costituisce una violazione della regola: *cum in verbis nulla ambiguitas est, non est admittenda voluntatis quaestio*; ed in tal caso vi è luogo a censura. C. S. di Napoli, 15 marzo 1853.

sumono in questa sola, che è di valutare l'intenzione delle parti, da cui al postutto esse son governate.

1159 (1112). — Ciò che è ambiguo si interpetra da ciò che si pratica nel paese dove si è stipulato il contratto.

1160 (1113). — Ne' contratti si debbono aver per apposte le clausole che sono di uso, ancorchè non vi sieno espresse.

1161 (1114). — Le clausole dei contratti s'interpetrano le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall'atto intero.

470. Questi tre articoli non richiedono osservazione alcuna. Quanto ai due primi, lo art. 1135 (1089) ci avea detto che l'uso debba essere consultato non solo per render chiare le clausole dell'atto, ma anche per completarle. Quanto all'ultimo, non si può aver chiara la mente di chi fa una scrittura, se non quando si armonizzano fra loro le frasi o le parti di esse.

1062 (1115). — Nel dubbio la convenzione s'interpetra contra colui che ha stipulato, ed a favore di quello che ha contratto l'obbligazione.

471. Questa regola che appartiene più alla materia della prova, che a quella della interpetrazione, non è altro che il principio di dritto e di ragione, *actori incumbit probatio*. Voi mi pretendete obbligato, e a sostegno della vostra pretensione presentate un atto; ma adoprati tutti i mezzi di interpetrazione non sorge da quell'atto il vostro preteso dritto, rimanendo il giudice nell'incertezza; nel *dubbio* non si darà a voi la vittoria della causa. O pure voi allegate che vi son debitore di 1,200 franchi da una parte, e dall'altra di 800, e non provate il vostro dritto che fino alla concorrenza dei 1,200 franchi; essendo dubbio per li 800, non vi si daranno, perchè non ne avete fatto la prova. Ecco quel che significa l'articolo; *nel dubbio* cioè in mancanza di prova, si pronunzierà contro il preteso creditore, ed in favore del preteso debitore.

472. Si applicherebbe nel caso inverso questa regola, che è mal posta nella nostra materia. Nel dubbio sulla estinzione d' una obbligazione, si giudicherebbe contro il debitore ed in favore del creditore. È riconosciuto dovermi voi 1,000 franchi; presentate un atto dal quale pretendete dedurne che siete liberato di tal debito, ma l'esame e la interpretazione dell'atto non presentano la prova della pretesa liberazione, e si rimane nell' incertezza su tal punto: voi sarete condannato a pagarmi. Che se voi giustificate una parziale liberazione, sarete condannato a pagarmi il dippiù. Infatti il primo articolo del capitolo *della prova* (1315 (1269)) comincia con dire ed a ragione, che colui che pretende l'eseguimento d'un' obbligazione deve provarla, viceversa il debitore che credesi liberato, deve giustificare l'estinzione della sua obbligazione [1].

1163 (1116). — Per quanto sieno generali i termini coi quali si è espressa una convenzione, essa non comprende se non le cose, sopra le quali apparisce che le parti si abbiano proposto di contrattare.

473. È regola del buon senso una proposizione non doversi mai interpretare, che *secundum subjectam materiam*. Così allorchè noi transigiamo sulle difficoltà che fa sorgere tra noi la divisione d'una eredità, ed io dichiaro di lasciarvi tutti i miei *dritti generalmente e qualunque* sieno per 20,000 franchi che voi mi darete, non

si dirà di certo che io abbia ceduto tutti i dritti del mio patrimonio, ma soltanto quelli relativi alla successione di cui trattiamo.

1164 (1117).—Quando in un contratto si è espresso un caso ad oggetto di spiegare l'obbligazione, non si presume di aver voluto con ciò escludere i casi non espressi a' quali per legge può estendersi l'obbligazione.

474. La massima *qui dicit de uno, de altero negat*; *inclusio unius fit exclusio alterius*, è vera qualche volta, ma spesso falsa, e ben si sà che l'argomento *a contrario* non è affatto certo. Quando il dritto comune stabilisce l'estensione d'una obbligazione, ed i contraenti avranno determinato uno dei casi di applicazione, o perchè lor sembra più dubbio degli altri, o perchè vi mettono più importanza, o per qualunque altra ragione, non se ne potrà inferire che essi abbiano preteso rigettare gli altri, tranne che da qualche circostanza ciò non si dimostri. Questo articolo, come il precedente e tutta la sezione, si riassume nel dire, che bisogna con tutti i possibili mezzi indagare la intenzione delle parti; e per questa regola generale, la sola assolutamente vera, dovrà qualche volta non darsi luogo a questa o quella altra particolare da noi esaminata.

475. Le due sezioni I e V e di cui la seconda è la conseguenza e lo sviluppo dell'ultimo articolo della prima, rapportansi alla materia dei contratti; quivi infatti Pothier avea posto tutte le regole riprodotte da queste due sezioni (*Dell' effetto dei contratti*, n. 85-90. *Regole per l'interpetrazioni delle convenzioni*, n. 91-102.

476. Per proseguire quel che riguarda *l'effetto delle convenzioni*, dobbiamo spiegare un principio importantissimo che non esisteva ai tempi di Pothier: cioè il trasferimento dei dritti reali ossia della proprietà e dei suoi smembramenti per effetto delle convenzioni. Una parte della sezione seconda del nostro capitolo riguarda soltanto questa materia (art. 1136, 1138 *in parte*, 1140, 1141 (1090, 1092, 1004, 1005)); il rimanente (1237, 1138 in *parte*, e 1139 (1091; 1092, 1093)) rientra *negli effetti delle obbligazioni*, e ne tratteremo più innanzi nella seconda parte del capitolo.

1165 (1118).—(Vedi il piccolo quadro che precede l'art. 1168 (1121) n. 539).

SEZIONE II.

(Art. 1136, 1138 in parte, 1140, 1141 (1090, 1092 in parte, 1094, 1095)).

DELLA OBBLIGAZIONE DI DARE CIOÈ DELLA CONVENZIONE DI TRASMETTERE LA PROPRIETÀ

1136 (1090).—L'obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa, e di conservarla sino al tempo della sua consegna, sotto pena del risarcimento dei danni ed interessi verso il creditore.

477. Per *obbligazione di dare*, il nostro articolo intende *l'obbligazione di trasmettere in proprietà un corpo certo*. Ed in pria trattasi dell' obbligazione di *dare* nel senso tecnico della parola, *dare*, trasmettere la proprietà, e non darla a qualunque titolo, e nel senso largo della parola, *praestare*.—Ciò sembra chiarissimo, nonostante la dottrina contraria di Demante (*Prog.*, II-567) poichè l' obbligazione di dare trae con se, secondo il nostro articolo, quella di consegnare per cui rendesi *il creditore proprietario (articolo 1138 (1092))*.

Non è di minore evidenza che non trattasi dell'obbligazione di trasmettere in pro-

prietà un oggetto qualunque, ma soltanto un corpo certo, avvegnachè l'obbligazione stessa tragga quella di conservare la cosa sino al rilascio, la quale può solo applicarsi ad oggetti certi e determinati *in ipso individuo*. Allorchè io mi obbligo a consegnarvi entro otto giorni un *cavallo* di quella razza, di quella età, ecc. la mia obbligazione sarà esattamente eseguita, allorchè vi darò un *cavallo* secondo le indicate qualità (non importando ove l'abbia preso), e non havvi dovere alcuno di serbarvi alcuna cosa; forse io non ho un cavallo simile a quello promesso, e quando ne avrò uno, la mia obbligazione non mi costringe a darvi quello in luogo d'un altro. — Se invece mi sia obbligato a darvi il tal cavallo da voi veduto nella mia stalla, sono obbligato di serbarlo sino alla consegna, dappoichè per esso, e non per altro voi avete stipulato con me; se lo lasciassi perire o fuggire, mi porrò per mia mancanza nell'impossibilità di eseguire la mia obbligazione, e sarò tenuto ai danni ed interessi.

478. Nel nostro articolo dunque si tratta solo della obbligazione di trasferire la proprietà di un corpo certo, *obligatio dandi certum corpus*. Or vedremo nell'artic. 1138 (1092), n. V *in fine*, che la proprietà dei corpi certi oggidì si trasferisce per lo effetto diretto ed immediato della *convenzione*; per modo che non può nè anco formarsi la obbligazione di trasferire la proprietà di un corpo certo, *obligatio dandi corpus certum*, sotto l'impero del Codice civile; e l'*obbligazione* di dare di cui parlano il nostro articolo e la rubrica della sezione, non è altro che la *convenzione* di dare; anche questo deriva dalla confusione delle parole *convenzione* e *obbligazione*.

Il nostro articolo dice che la *convenzione* di trasferire la proprietà d'una cosa individualmente determinata, crea di pieno dritto due obbligazioni, quella di far rilasciare la cosa, e l'altra di conservarla fino al rilascio.

479. Che la convenzione crei di pieno dritto e senza che si dica, le due obbligazioni è conseguenza ben semplice del principio, che le convenzioni debbano eseguirsi di buona fede, ed obblighino a tutte le conseguenze che la equità attribuisce alla obbligazione (art. 1134 e 1135 (1088 e 1089)).

Le conseguenze delle obbligazioni di rilasciare o di conservare, e i danni-interessi che possono derivare dal loro inadempimento, rientrano nello *effetto delle obbligazioni*, e non era qui il luogo di parlarne. Non pertanto, siccome il Codice per una sottile teoria che sarà ora da noi spiegata, ammette due specie di consegne, la consegna fittizia, o la tradizione di dritto, che ha effetto col consenso stesso, e la consegna reale, o tradizione di fatto, e la prima non è altro alla fine che la stessa convenzione, o almeno la conseguenza immediata di essa, questa che forma l'oggetto dell'art. 1138 (1092) deve qui svilupparsi.

1137 (1091). — (*Vedi alla fine del capitolo il piccolo quadro nel num. 539*).

1138 (1092). — L'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti.

Tale obbligazione costituisce proprietario il creditore, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento, in cui dovrebbe essere consegnata, quantunque non sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora della consegna, nel qual caso la cosa rimane a di lui rischio.

SOMMARIO

I. Mala compilazione dell'articolo che con una bizzarra teoria stabilisce il trasferimento della proprietà col solo consenso.

II. Inesatta interpetrazione data da Toullier, da Duranton e dagli altri scrittori.

III. Il pensiero intimo del legislatore è stato,

che una tradizione sarebbe sempre necessaria, ma che dessa sarebbe puramente fittizia, e risulterebbe di pieno dritto dallo stesso consenso.

Prove della teoria ed interpetrazione dello articolo. Per obbligazione perfetta *intendesi obbligazione consumata col trasferimento della proprietà; confutazione della dottrina contraria di Duranton, Demante, ecc.*

V. *Censura della sottile teoria dei compilatori. Ultimo risultamento dell'articolo.*

. — **480.** Cotesto articolo è così mal ato, quanto è desso importante. Infatti ratta in fondo di stabilire il principio af- o nuovo al mondo, di trasferirsi la pro- età per solo effetto del consenso, per sola volontà delle parti, e senza alcun ogno della tradizione. Or questa idea i è certamente espressa dal testo cotanto brogliato. L'articolo dice che l'*obbligaone di consegnare* (cioè siccome abbiam duto sotto l'art. 1136 (1090), la obblizione di far la tradizione di un corpo erto, la cui proprietà si è convenuto traerire) fa il *creditore proprietario* quannque la *tradizione non sia stata fatta;* a sembra volere sminuire, o anche ditruggere tal proposizione con dire, che lle effetto sarà prodotto, *nel momento in ui la cosa ha dovuto essere consegnata*, che importa che la tradizione sarà semre necessaria, ma si riputerà solo fatta iunto il momento in cui doveva farsi. E oi che cosa vuol dire quando si dichiara he la obbligazione è perfetta col solo consenso? È forse bastevole il consenso erchè la obbligazione fosse realmente fornata? ma allora si parla per non dir nulla, non essendovi alcuna obbligazione che non sia nello stesso caso. Perchè confonlere in una stessa frase la quistione di rasferire la proprietà con quella dei rischi? Che cosa dire poi della restrizione *tranne che il debitore non fosse in mora*, che parrebbe relativa a' due oggetti della disposizione, mentre si attiene soltanto alla quistione dei rischi, come vien provato dalle ultime parole dell'articolo: *nel quale caso la cosa rimane a rischio di quest'ultimo?*

Qui specialmente, come vedremo, è da compiangere la mancanza di metodo così frequente, e la confusione in tutto il nostro titolo tra l'obbligazione e il contratto che la genera.

II.—**481**. Gli scrittori sono d'accordo colla dottrina che professiamo sullo scopo ultimo del nostro articolo. Riconoscono essi, che il Codice allontanandosi dalle antiche tradizioni consacrava realmente che il trasferimento della proprietà si effettua col solo consenso, e senza tradizione; ma non ugualmente si accordano nel modo d'interpretare l'articolo, e vi ha tra essi chi non ne ha colto la vera idea. Delvincourt e Toullier (VI, 202) dicono che le parole *dall'istante in cui ha dovuto essere consegnata*, significano *dall'istante in cui è esistito il dovere*, *l'obbligazione di consegnare la cosa*. Duranton (X, 417) è di parere che tali parole non abbiano rapporto alcuno con quelle *essa rende il creditore proprietario*, e presenta quest'ultime come una frase indipendente da tutto il resto dell'articolo. Or è certo che queste due interpretazioni sono false, certo anche che i compilatori han creduto parlare, non dell'istante in cui il rilascio è *stato dovuto*, ma di quello in cui ha dovuto *farsi*: nè è men certo che essi han creduto applicare l' idea tanto alla quistione di proprietà, come anche a quella dei rischi.

A provare tale doppia asserzione, e confutare i due contrarî sistemi, basta citare le parole d'uno dei compilatori innanzi il Corpo legislativo. « Perchè il creditore sia riguardato *come* PROPRIETARIO tosto che *è giunto il tempo in cui* il rilascio DEVE FARSI, non v' ha bisogno di reale tradizione». (Fenet, t. XII, p. 230). Zachariae (I, 430) cenna il risultamento dello articolo senza dir nulla delle difficoltà ingenerate dalle sue espressioni.

Da quaranta anni che il nostro articolo esiste, non ha avuto ancora esatta interpretazione, e sarebbe tanto più necessaria, quanto giureconsulti molto distinti sosten-

gono tuttavia che il Codice non ha per nulla cangiato gli antichi principî sulla nostra materia, e che sempre colla tradizione di fatto la proprietà trasmettesi ne' nostri contratti. È bisogno in fatti convenire che le arbitrarie spiegazioni date fin'oggi al nostro articolo 1138 (1092) fanno sì che la tesi possa facilmente sostenersi.

Procuriamo or noi coi diversi testi del Codice, e particolarmente coll'. esame dei lavori preparatori, di cogliere il pensiero occulto del testo espresso in modo sibillino; ed occupiamoci qui unicamente del trasferimento della proprietà, riportando alla nostra *seconda parte* tra gli effetti delle *obbligazioni* la quistione dei rischi.

III. — 482. I compilatori del Codice più che giureconsulti dalle esatte teorie erano uomini di pratica. Ciò ben si scerne ad ogni pagina dei loro lavori, ed il nostro titolo ben lo proverebbe (1). Essi non hanno osato manifestar netto il nuovo principio introdotto, o per dir meglio confessare a se medesimi la reale innovazione fatta, e l'hanno recata in atto senza avvedersene. — Ciò sulle prime può sembrar strano; pure nulla di più semplice.

La giurisprudenza anteriore al Codice, quantunque contraria in principio al trasferimento della proprietà senza l'ajuto della tradizione, pure nel fatto vi si avvicinava molto, e i compilatori per consacrare tale regola (non nella forma ma nella realtà) *non ebbero a fare, che un passo*. Spieghiamoci.

Dal dritto romano non era ammesso, che il contratto, il consenso debitamente manifestato potesse trasmettere la proprietà o qualunque dritto reale. Esso creava soltanto l'obbligazione di trasferire, *obligationem dandi*, e la proprietà era trasmessa con la tradizione che facevasi per adempiere l'obbligazione. La nostra antica giurisprudenza avea ammesso la stessa dottrina *in principio*, pure la modificava specialmente *nel fatto*, ammettendo la finta tradizione, che le parti potevan sempre fare a lor grado senz'altra condizione, tranne quella di dichiarare che essi in tal modo volevano. Per esempio, vendendovi la *mia* casa per consegnarvela in tre o sei mesi, o un anno, se io dichiarassi spogliarmi *incontanente* del dritto, e posederla in nome vostro, tal dichiarazione chiamata clausola del *costituto* e del precario, o dello *spossessamento-investimento* (*dessaisine-saisine*), vi trasmetterebbe la proprietà fin dal momento, benchè la tradizione debba farsi spirati tre o sei mesi, o altro termine (Pothier, num. [illegible] *Vendita*, n. 321). — Conservando adunque come principio che la proprietà si trasmette colla tradizione, l'antica giurisprudenza permetteva alle parti di trasmetterla a lor talento, e colla sola forza della volontà.

Ammettendo che il semplice consenso può trasferire la proprietà e che la trasferisca in fatti, tosto che le parti dichiarano di volerlo; era semplicissimo il *dire che la* trasferirebbe sempre: era questo un rispondere ai bisogni ed ai costumi *del tempo*; perchè da noi si è sempre riguardata la vendita come atto che trasmetta *immediatamente* al compratore la proprietà dell'oggetto venduto. I compilatori *del Codice* han potuto pertanto adottare tale idea e l'hanno infatti adottata senza stimarsi innovatori; non han creduto creare un nuovo sistema, bensì estendere e far *completo* quello già introdotto.

In tal modo la tradizione è sempre necessaria, ma è fittizia, e risultante di pieno dritto dal consenso che *forma* la convenzione. È questa la teoria del Codice, bizzarra di certo (poichè la *seconda* sua parte distrugge la prima), ma che esprime il vero pensiero dei compilatori, e ci rende facile il comprendere il modo onde fu compilato il nostro articolo *1138 (1092)*.

IV. — 483. In questo articolo la prima proposizione è, *che la obbligazione di rilasciare la cosa* È PERFETTA col solo con-

(1) Molte altre parti del Codice fan chiara questa verità. Si sa per esempio, che l'art. 1607 (1453) e la rubrica del cap. VIII della *vendita* parlano dei dritti INCORPORALI; e che l'art. 1567 (1380) parlando della consegna delle scritture, degli atti istrumentari che attestano l' esistenza *del credito*; la qualifica *restituzione* DEI CONTRATTI.

so, la quale pare che abbia un senso
ı colto dagli interpetri.

)elvincourt, Toullier, Duranton, Zacha-
(*loc. cit.*) ed anche Demante (*prob.*,
;70) credono che tal paragrafo signi-
ıi semplicemente che la obbligazione di
sciare *si formi*, come ogni altra obbli-
:ione, col consenso. È questo un errore
· si confuta sì col rapporto del nostro
icolo coi precedenti, e sì colla analo-
ı che esso ha cogli art. 938 e 1583
62 e T), e finalmente coi lavori prepa-
ıori del Codice.

Nò, non si è voluto dire che il consenso
sti per *formare* l' obbligazione di rila-
iare la cosa; bensì che tal consenso ba-
erebbe per *consumare* l'obbligazione, per
rle immediatamente produrre il suo ef-
tto; si è creduto che col solo consenso
nello stesso momento l'obbligazione *fosse*
ompita in dritto (salvo ad essere ese-
'uita poi in fatto); si è creduto esprimere
idea cennata più sopra, che il solo con-
'enso di rilasciare produrrebbe immedia-
amente la *tradizione fittizia* colla quale
rasferiscesi la proprietà.

Che qui non trattasi della formazione
lella obbligazione, e di quel che deve farla
:sistere, sorge chiaro dal luogo che ha il
ıostro articolo nell' ordine delle idee dei
:ompilatori, cioè nel momento in cui tale
)bbligazione esistiva. L'art. 1136 (1090)
ıa detto che la obbligazione di dare trae
:on se di pieno dritto quella di rilasciare
: di conservare ; l' art. 1137 (1091) ha
spiegato *gli effetti* della obbligazione di
:onservare, poscia il nostro, e i seguenti
hanno spiegato gli *effetti* della obbligazio-
ne di rilasciare. Come dunque i compila-
tori sospendono il corso delle loro idee
per dirci che l' obbligazione di cui par-
lano si forma con il consenso, nel men-
tre essi suppongono che la obbligazione
preesiste e deriva di pieno dritto, e for-
zatamente dall'obbligo di dare (art. 1136
(1090))? Se avessero voluto dichiarar tale
idea, in vero troppo evidente, l'avrebbero
detto nello art. 1136 (1090), per l'obbli-
gazione di *dare*, poichè è questa, dicono
essi, che trae con sè quella di conservare
e l'altra di rilasciare; formata che quella
è, ne sorgono parimente le altre due.

E non è chiara la nostra dottrina allorchè si
rapporta all'art. 938 (862) e allo art. 1583
(T)? Ci dice anche l'art. 938 (862) che la
donazione sarà perfetta col solo consenso;
e crede il solo consenso bastevole per la
donazione, e che produrrà una sufficiente
tradizione fittizia, tantochè aggiunge « e la
proprietà sarà trasmessa senza bisogno di
ALTRA TRADIZIONE ». Ci è anche noto (arti-
colo 938, n. 1 (862)) che il progetto dice-
va « senza bisogno d'altra tradizione *tran-
ne quella risultante dal consenso*, e che
queste ultime parole furono tolte per es-
sere un pleonasmo del principio dell'arti-
colo. L'art. 1583 (1428) dice che la *ven-
dita*, sarà *perfetta* tosto che le parti sa-
ranno d'accordo, a fin di dichiarare che sa-
rà legalmente fatta , e il consenso trarrà
seco la tradizione del dritto. Ciò è certo
poichè si aggiunse « quantunque la cosa
non sia stata rilasciata (realmente e in fat-
to) » Il *quantunque* non esisterebbe se si
trattasse solo della formazione del contrat-
to; perchè non si sarebbe curato di nota-
re che la mancanza di tradizione reale non
impedisce che si formi il contratto. È di
grande evidenza che la tradizione reale è
l' esecuzione del contratto e lo suppone
preesistente; è utile dire, e si è detto, che
la mancanza di tradizione non impedirà
che il contratto si consumi con il trasfe-
rimento della proprietà

Sarebbero tolti i dubbi sul senso dato
dai compilatori ai termini *vendita per-
fetta*, *donazione perfetta* , *obbligazione
perfetta*, colle spiegazioni date da essi in-
nanzi il Corpo legislativo.

L'uno d'essi, Bigot, diceva sul nostro ar-
ticolo; « Il consenso *rende perfetta* l' ob-
bligazione di rilasciare la cosa. Non vi è
dunque bisogno di tradizione *reale*, perchè
il creditore *debba essere considerato* co-
me proprietario (Fenet, t. XII, p. 230). In
tal modo, la proprietà trasferiscesi imme-
diatamente perchè il consenso rende l'ob-
bligazione di rilasciare *perfetta*, cioè *con-
sumata* e fittiziamente compita; perchè il
consenso racchiude in se la finta tradizio-

ne, non vi è bisogno di *tradizione reale*; perchè vi è la tradizione fittizia, e il creditore non sarebbe proprietario secondo i rigorosi principî, si contentan di dire che *sarà considerato* come tale. Tutto ciò è perfettamente logico; nel mentre ognuna di queste idee non avrebbe senso, se per obbligazione *perfetta* il legislatore avesse inteso semplicemente una obbligazione *regolarmente formata*. Altro compilatore, il Portalis, diceva sull'art. 1583 (1428): « Si decide nel progetto, che la vendita è *PERFETTA*, *QUANTUNQUE la cosa venduta non sia stata ancora rilasciata*. Nei primi tempi era bisogno della tradizione, *della occupazione corporea*, *onde consumare* il trasferimento della proprietà... Nei principî del nostro dritto francese il *contratto basta*... *il contratto È CONSUMATO tosto che la parola è data*... Il sistema del dritto francese è più ragionevole del dritto romano, è più favorevole al commercio, rende possibile quel che spesso non sarebbe, *se la tradizione materiale fosse necessaria per render LA VENDITA PERFETTA.* » Ciò è chiarissimo, ma è anche più chiaro quel che segue: « Col contratto si opera *UNA SPECIE DI TRADIZIONE CIVILE*, *la quale conferma il trasferimento dei dritti*, e ci dà azione *per fare eseguire la tradizione reale* ». (Fenet, t. XII, p. 230, t. XIII, p. 112, 113).

484. Dappoichè il nostro primo paragrafo significa certamente, che col solo consenso l' obbligazione di rilasciare trovasi fittiziamente compita, e perfetto stimasi il rilascio ; il secondo paragrafo quindi significa, che il creditore diventa proprietario *dal momento in cui ha dovuto farsi* o si reputa fatto il rilascio fittizio (cioè la effettuazione del consenso), e quantunque la tradizione reale non sia stata fatta.

Così facendosi una vendita entro il termine di sei mesi, non dovrebbesi dire che il compratore diventi proprietario nel momento in cui la casa *dovrà rilasciarsi* cioè allo spirare dei sei mesi ; avvegnachè qui si tratti, non del momento in cui deve farsi la reale tradizione, ma di quello in cui deve farsi, e di pieno dritto si reputa fatta, la tradizione civile che si immediate dalla stessa convenzione. Du que nelle vendite a termine, come nelle tre, il compratore diventa proprietario momento del contratto.

V. — 485. Ma se il consenso perfe na , compisce l'obbligazione di rilascia se effettua di pieno dritto e sempre u fittizia tradizione, dichiarata sufficiente, dopo la quale la tradizione reale non h nulla da aggiungere per trasferirsi la pro prietà, non v'è dunque cosa più sottile, p bizzarra e più falsa della teoria del Codi ce... Invece di dire semplicemente che la stessa convenzione di dare, l'accordo delle volontà trasmette subito la proprietà e senza tradizione, vedete per qual ordine di idee passano i compilatori per giungere al medesimo fine.

1°. La convenzione di dare crea in pria la obbligazione ; 2° l'obbligazione (di dare) trae con se l'altra di rilasciare, fare la tradizione; 3° il compimento di tale obbligazione, in altri termini la tradizione, trasmette la proprietà; 4° ma tal *tradizione* non ha d'uopo che sia reale, contenendo il consenso in sè è di pieno dritto *una tradizione* fittizia, che produce l'effetto istesso; 5° questa tradizione fittizia effettua il trasferimento del dritto reale, allorquando la materiale tradizione non segue la convenzione.

Così procedono i compilatori. Non osando parlare da legislatori, e facendo come ai romani pretori i quali toglievano ad un principio di dritto civile la sua esistenza reale conservandogli la nominale ; hanno essi serbato in teoria, pur sopprimendola nel fatto, la necessità della tradizione. Ed è sì vero che i compilatori, compreso pienamente il bisogno della tradizione, non han saputo togliersi di mente quell' idea nel mentre la rigettavano, e che han creduto seguire e completare l' antico sistema anzichè distruggerlo, che nei lavori preparatori nulla trovasi che faccia allusione su tal punto ad un cangiamento di principî. Invece il Portalis presenta la sua teoria come risultato *dei principî del nostro dritto francese*, ed il Favard nel suo rapporto al Tribunato, dopo avere analizzato il

tro articolo e dichiarato che « il credi- è proprietario dal momento che il con- so ha formato il contratto » aggiunge « tali principî sono stati da noi consa- i in ogni tempo » (Fenet, t. XIII, pa- a 320).

486. Ma lasciando le sottigliezze dei pilatori e l'ordine delle idee in capo ui pongono il principio della tradizio- , per poi rimandarla alla fine, non è n certo che oggi è il consenso, l'accor- delle volontà, in altri termini la *con- nzione* che trasmette la proprietà. Si di- bbe invano (come il Codice), che la con- nzione crei come effetto diretto l'obbli- zione di dare da cui quella di rilascia- , la quale reca in atto con la sua esecuzione tizia il trasferimento. Tutto ciò è ridicolo anto inesatto.—Imperocchè l'obbligazio- e di dare (*dandi*) quand'anche possa de- vare, non è distinta da quella di rila- ciare: le obbligazioni di dare, rilasciare, rasmettere (quando si vuol trasferire la roprietà) non sono che una sola e me- esima cosa. Anche lo stesso Codice, aven- o detto nell'art. 1136 (1090) che l'ob- ligazione di dare trae quella di rilascia- e, riconosce non esservi in ciò due ob- ligazioni, parlando nello art. 1140 (1094) dell' obbligazione di *dare* o di *rilasciare* n immobile, e poi nell'art. 1141 (1095) dell' obbligazione di *dare* o di *rilasciare* una cosa mobile. Ma l'obbligazione di da- re o di rilasciare in proprietà, in una pa- rola *obligatio dandi*, nei casi supposti dal Codice, cioè nelle convenzioni che han per oggetto un corpo certo, non può più oggi esistere nè concepirsi..... Se io vi vendo il mio cavallo per 500 franchi, è impossibile che la vendita mi metta nel- l'obbligo di trasmettervi la proprietà del ca- vallo, la quale vi è stata trasmessa; non è più nelle mie mani da chè si è tra noi stabilita la convenzione; il solo obbligo a cui son tenuto e a cui io posso esser tenuto, è quello di *rilasciarvi* il cavallo, di farne il rilascio, la consegna materia- le, la tradizione reale (art. 1603-1617 (1449-1463)).

Dunque la proprietà sarà qui trasmessa, non per l'effetto d'una obbligazione (per- chè questa è impossibile) ma per lo im- mediato effetto del contratto. Il Portalis ed il tribuno Favard ci han detto (loco cit.), che « il contratto è consumato col trasporto della proprietà, *tosto che la pa- rola è data* » cioè fermata la convenzio- ne, e che « il creditore è proprietario *to- stochè il consenso ha formato il contrat- to* ». Gli è perciò che abbiam posto il no- stro articolo tra gli effetti *delle convenzio- ni*, e non tra gli effetti *delle obbligazioni*.

1138 (1092), 2ª parte e 1139 (1093). —(*Vedi il piccolo quadro del n. 539*).

1140 (1094). — Gli effetti della obbli- gazione di dare o di consegnare un im- mobile sono regolati nel titolo della *Ven- dita*, od in quello dei *Privilegi* e delle *Ipo- teche*.

487. Quando i compilatori nell'articolo 1138 (1092) stabiliscono il nuovo princi- pio del trasferimento della proprietà col solo consenso, con la stessa convenzione, non erano ancor certi dell' effetto che dovrebbe avere in faccia ai terzi; solo per la proprietà delle cose mobili inten- devano ammetterlo, assolutamente e sì pei terzi che pei contraenti. Nè ancora sape- vano i membri del consiglio, nella discus- sione del nostro titolo, a qual sistema di trasmissione sottoporrebbero in rapporto da terzi la proprietà degli immobili. Con- tinuerebbe ad aver vigore la legge di bru- majo anno VII sotto di cui la proprietà de- gli immobili poteva opporsi ai terzi con la trascrizione sul registro del conserva- tore delle ipoteche dell'atto di alienazio- ne? Ovvero abbandonando il sistema di pub- blicità della trascrizione si permettereb- be, tanto per gl'immobili che pei mobili, un occulto trasferimento che avesse effetto *erga omnes* col solo consenso? Non essendo d'accordo intorno a tal quistione, si convenne riserbarla a più maturo esame. Il nostro ar- ticolo vuole indicare tale rimando dicendo

che l'effetto della obbligazione di trasmettere la proprietà di uno immobile sarà regolato nei titoli *della Vendita e delle Ipoteche*.

Come questo importante punto sia stato stabilito, vediamolo ora.

488. Non fu decisa la quistione nel titolo *della Vendita*. Fu ammesso, come si è visto, non essere necessaria la tradizione, ma non si trattò della trascrizione; fu ammesso che il semplice consenso trasmetterebbe la proprietà nei rapporti tra il venditore e il compratore, ma non si badò ai terzi, a coloro coi quali il venditore potrebbe contrarre dopo aver venduto: « la vendita è perfetta *tra le parti*, dice l'articolo 1583 (1428), e la proprietà è di dritto acquistata al compratore *rispetto al venditore* tostochè si è convenuto della cosa e del prezzo ». La quistione non fu tolta, ma riserbata ancora alla discussione del titolo *delle Ipoteche*.

L'art. 91 del progetto di questo titolo diceva, « che gli atti traslativi di proprietà (immobiliare) non trascritti, non potrebbero opporsi ai terzi i quali avrebbero contratto col venditore »; e l'art. 92 soggiungeva « che l'immobile mercè *la trascrizione* passerebbe al nuovo proprietario... » (Fenet, tom. XV, p. 346).

Con ciò riproducevasi il sistema di pubblicità della legge di brumajo. Ma nella discussione l'art. 91 sostenuto da Treilhard e Toullier, fu vivamente combattuto da Maleville e Tronchet (ibid., pag. 386-391), e poi tolto via dalla sezione di legislazione; di poi nell'art. 92 (divenuto 191, il quale è il 2182 (2076) del Codice) la sezione alle parole; « *l'immobile (mercè la trascrizione) passa* al nuovo proprietario » sostituisce queste, « il *venditore trasmette* al compratore... » (idid., pag. 407). Adottatosi questo ultimo progetto, la necessità della trascrizione fu dunque definitivamente rigettata.*

Dopo promulgato il Codice civile, l'articolo 834 (917) del Cod. di procedura ha nuovamente consacrato il sistema dello assoluto trasferimento della proprietà degli immobili col solo consenso del venditore e del compratore, senza alcun bisogno di trascrizione. Quell'articolo infatti, tuttochè estenda oltre i limiti stabiliti dal Codice civile, il dritto dei creditori ipotecari di fare iscrivere le loro ipoteche, e permetta che si inscrivano anche dopo la alienazione sino alla trascrizione, e anche nei quindici giorni che la seguono, accorda solo tal facoltà ai creditori *che hanno ipoteca anteriore alla alienazione*.

In tal modo consentita l'alienazione dello immobile, benchè l'atto non sia trascritto, i terzi non possono acquistare dal venditore alcun dritto sull'immobile, in altri termini con la stessa convenzione, col semplice concorso delle volontà si compie per gl'immobili, come pei mobili, il pieno ed assoluto trasferimento della proprietà. Pu-

* Le nostre leggi civili seguendo le francesi rigettarono anche il sistema della trascrizione secondo la legge di brumaio; e quindi l'art. 2081 venne così espresso: « se taluno venda a due persone lo » stesso fondo in tempi diversi, il primo compra- » tore giustificando il suo acquisto con iscrittura » autentica o con atto privato che abbia data cer- » ta, sarà sempre preferito al secondo, tuttochè » questi sia stato più sollecito a trascrivere il suo » titolo... ».

Ma dipoi le nostre leggi ipotecarie, inchinevoli, ad un più largo sistema di pubblicità, han deciso la quistione nel senso della legge di brumajo, come ad evidenza si scorge dalla seguente legge del 31 genn. 1843.

« Volendo rimuovere le dubbiezze incontrate nei » trascritti articoli (cioè 1994, 2015. 2042, 2078 » e 2081 ll. cc.), nel fine di escludere le occasioni » alle liti, di facilitare la conservazione delle ra- » gioni ipotecarie, e di garentire i dritti dei terzi.

» Veduti i pareri della Consulta generale del re- » gno »;

» Sulla proposizione del nostro ministro segre- » tario di Stato di grazia e giustizia »;

» Udito il nostro consiglio ordinario di Stato »;

» Abbiamo risoluto di sanzionare, e sanzioniamo » la seguente legge.

» Art. 1. La redazione dei sopratrascritti artico- » li 1994. 2015. 2042. 2078 e 2081 delle leggi ci- » vili rimane riformata nel seguente modo cioè:

» Art. 2081. Se taluno venda a due persone lo » stesso fondo in tempi diversi, il primo compra- » tore giustificando il suo acquisto con iscrittura au- » tentica, o con atto privato che abbia data certa, » sarà preferito al secondo, *purchè questi non sia » stato più sollecito a trascrivere il suo titolo*: » salvo soltanto al compratore che resterebbe e- » scluso, il dritto di agire contro il venditore co- » me stellionario, e per essere rifatto di ogni dan- » no-interesse ».

tal principio vien derogato nei due casi noi noti: 1° nelle donazioni tra vivi (art.) n. 3 (863)); 2° nelle sostituzioni, anche fatte per testamento (art. 1069 (1019)). Allora la trascrizione è indispensabile affinchè ai terzi si opponga la proprietà.

1141 (1095). — Se la cosa che taluno si è obbligato di dare o di consegnare successivamente a due persone, è puramente mobile, quella fra di esse, cui ne fu dato il possesso reale, sarebbe all'altra preferita, e resterà proprietaria, ancorchè il suo titolo sia posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede.

489. Allorchè il proprietario d'un oggetto mobile lo vende a taluno, e pria di lasciarlo lo trasmette con frode ad altro individuo cui la consegna. costui perchè messo in possesso resta proprietario della cosa a danno del primo acquirente. Questa la regola dello articolo 1141 (1095).

Delvincourt, Toullier (IV-61-VII-205) e Zachariae (I, pag. 430) conchiudono sulla disposizione di tale articolo, che il trasferimento della proprietà delle cose mobili compiesi rispetto ai terzi con la reale tradizione, e che il nuovo principio dell'articolo 1138 (1092) non si applica che nei rapporti tra il venditore e l'acquirente. Ma questa dottrina respinta da Demante (II, 573) e da Duranton (X-431), e da noi censurata nell'art. 712, n. I (633), è un errore che di leggieri si dimostra.

Se la proprietà delle cose mobili si trasmetteva rispetto ai terzi solo con la tradizione, il secondo acquirente a cui la tradizione è stata fatta, avrebbe dunque trattato con chi tuttavia era proprietario, ed acquistato validamente, fosse di buona o mala fede. La circostanza che il secondo acquirente non è dichiarato proprietario fino a che il suo possesso è di buona fede, abbatte interamente il sistema da noi combattuto. Si tenterebbe invano di sfuggire tale argomento con dire, che il secondo acquirente messo in possesso diventa infatti proprietario, sia egli di mala o di buona fede, e che nel primo caso la sua proprietà si scioglie reclamandola il primo acquirente, con una specie di azione di rescissione, che sarebbe una applicazione dell'art. 1167 (1020).

Tale interpretazione divinatoria non può del pari sostenersi. Vedremo infatti che la rescissione dell'art. 1167 (1020) non può effettuirsi che nel caso d'insolvibilità del venditore. Or il nostro articolo non richiede affatto, affinchè il primo acquirente tolga la cosa al secondo di mala fede, che il venditore sia insolvibile, nel mentre Pothier scrivendo quando la tradizione era necessaria, spiegava che il primo acquirente non poteva fare rescindere l'acquisto del secondo, se non quando il venditore *non fosse solvibile* al tempo dell'ultimo acquisto (n. 152, 153).

490. Ed intanto il vero senso del nostro articolo, che fu da noi indicato nello art. 712 (633), vien chiaramente dato dell'art. 2279 (2185) di cui il nostro è una applicazione, essendosi in quello stabilito in principio, che per le cose mobili il semplice possesso anche momentaneo, ma di buona fede., fa immediatamente prescrivere.

Se dunque voi siete proprietario del mobile comprato e ricevuto di buona fede da colui che a me lo avea pria venduto, ciò è effetto della prescrizione che infranse il mio dritto di proprietà. Avviene allora quel che avverrebbe se voi aveste comprato e ricevuto da un depositario la cosa che gli aveva affidato.

Il trasferimento della proprietà col solo effetto della convenzione e senza bisogno alcuno di tradizione, si applica adunque, rispetto anche ai terzi, tanto ai mobili che agli immobili (1).

1142 (1096) e seg. — (*Vedi il piccolo quadro del n. 539*).

(1) *Conf.*, Bourges, 25 gen. 1841 (Dev., 41, 2, 64).

SEZIONE VI.

DEGLI EFFETTI DELLE CONVENZIONI RIGUARDO AI TERZI

1165 (1118).—Le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti: esse non pregiudicano nè giovano ai terzi, fuorchè nel caso preveduto nello articolo 1121 (1075).

491. Le convenzioni in principio non possono nè profittare, nè nuocere ai terzi, ma solo hanno effetto per noi o pei nostri aventi-causa, eredi, donatari, compratori, creditori, ec. Allorquando con una convenzione io accresco o diminuisco il mio patrimonio, voi se diventate mio erede, mio rappresentante universale, soffrirete al par di me lo scemamento, ovvero vantaggerete dello aumento che dal mio contratto è venuto; così anche se vi fo mio legatario universale, o a titolo universale. Se io vi vendo uno immobile sul quale vi avea prima conceduto una servitù, questa avrà il suo effetto contra di voi; viceversa, profitterete della servitù attiva che io avessi stipulato. Se vi trasporto un credito da me acquistato, voi ne profitterete, e al contrario voi siete obbligato a soddisfare la obbligazione da me contratta, dove ne abbiate accettato il carico. In questi vari casi voi non siete un terzo, uno estraneo, ma il mio rappresentante con qualunque titolo, colui che mi sostituisce, il mio avente-causa, *habet meam causam*. Non ricordiamo qui che una persona non è un terzo rispetto al suo mandatario, o al suo gestore di affari; facendo una convenzione in vostro nome, voi stesso l'avete fatta per mio mezzo, io sono il vostro strumento.

Il nostro articolo indica il caso dell'articolo 1121 (1075) come eccezione alla regola che le convenzioni non giovano ai terzi. Abbiamo in fatti veduto che secondo quello articolo io posso fare come condizione di una donazione che a voi fo, ovvero d'una convenzione fatta con voi, una stipulazione in vantaggio di altri che non potrebbe essere più revocata quando questi avrà dichiarato di volerne profittare.

Questi non è il mio mandante; nemmeno il mio avente-causa, ed il mio dritto non può passare da me a lui, ma egli lo ha direttamente. Egli è dunque realmente un terzo, e si avvantaggia del contratto. La è questa una vera eccezione al principio del nostro art. 1165 (*1118*).

Pothier notava ancora con ragione il caso dello accordo come eccezione al nostro principio. In vero, l' accordo consentito con un debitore dal più dei suoi creditori lega quelli in minor numero che si sieno negati (C. com., art. 507 (511)), sebbene non sieno nè i mandanti nè gli aventi-causa degli altri, ma terze persone. Il Codice che ha creduto non dover parlar di cotesta ben reale eccezione, ci presenta a torto come eccezionale la disposizione dei due seguenti articoli.

1166 (1119).—Nondimeno i creditori possono esercitare tutti i dritti e tutte le azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali. *

* I creditori, ove facciano esperimento delle ragioni del lor debitore, ai termini dello art. 1119 delle leggi civili, incontrano ostacolo in tutti quegli atti che stanno contra al medesimo: qualora poi intendono agire nel proprio nome, debbono far uso dell'azione di frode, ove ne sia il caso (articolo 1120); la qual azione vuol essere formalmente dedotta e giudicata. C. S. di Napoli, 4 luglio 1850.

Debitor debitoris mei debitor meus est. E non è vietato riportarsi alla somma del proprio credito e non a quella del credito del proprio debitore contra il terzo. C. S. di Napoli, 8 nov. 1851.

SOMMARIO

I. Questa regola è conseguenza degli art. 2092 *e* 2093 (1962 *e* 1963) *e non deroga al precedente articolo. — Con quali condizioni il creditore può agire. Deve farsi surrogare al debitore. Discordanza fra la Corte Suprema, e gli scrittori.*
II. Che cosa intende la legge per dritti esclusivamente annessi alla persona? Confutazione della dottrina di Toullier.

I.—492. Gli art. 2092 e 2093 (1962 e 1963) dichiarano, che « chiunque si obbliga, è tenuto sopra tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri » che « i beni del debitore sono la garenzia dei suoi creditori, ed il prezzo si comparte fra essi ». Qualunque creditore pertanto, dove non si adempia alla esecuzione, ha dritto di agire sopra tutti i beni del debitore per conseguire il denaro che è l' oggetto del suo credito, o deve servirgli per danni ed interessi. Or i debiti e le azioni di una persona, provengano da convenzioni, o da altra causa, fan parte del suo patrimonio. I creditori quindi avranno la loro garenzia sopra tali crediti ed azioni, del pari che sopra gli altri beni del debitore; e per pagarsi potranno sperimentare gli uni e le altre. Con ciò alla fine non si deroga al principio, che le nostre convenzioni non giovano ai terzi. Imperocchè il creditore che profitta della mia convenzione, esercitando il dritto, o l'azione che da quella deriva, non è un terzo, ma il mio aventecausa, avendo un dritto di garenzia sopra tutti i beni che costituiscono il mio patrimonio: *habet meam causam*, egli mi rappresenta, e partecipa con me alla proprietà di tutto il mio, onde ottenere il suo patrimonio.

Allorquando il mio debitore è egli stesso creditore di Paolo, e venuto il tempo in cui dovea pagarmi il credito, non adempie, io potrò agire in nome suo contro di Paolo. Quando il mio debitore ha venduto un immobile col patto della ricompra (art. 1659 (1505)), io potrò sperimentare da me la azione della ricompra, acciocchè la cosa rientri nel patrimonio del debitore, e si venda a miglior prezzo. Tranne la eccezione, di cui parleremo, si possono esercitare tutti i dritti e le azioni di un debitore.

493. Il creditore non può esercitare il dritto o l' azione, se non quando il credito sia corso, il debitore non lo abbia soddisfatto, e costui si neghi ad esercitare il dritto o l' azione, onde non trarne vantaggio il creditore. Ma in questo medesimo caso, il creditore potrà agire direttamente, ovvero dovrà domandar l'autorizzazione dal magistrato, se il debitore non gli cede il suo dritto, o non lo fa mandatario per agire? La Corte di cassazione ha deciso del no, ritenendo che il nostro articolo permetta al creditore di agire *de plano*, e senza bisogno di surrogazione, mentre tutti gli scrittori indistintamente seguono la contraria sentenza. Egli è pur da notare che Demante, il quale pone soltanto in quistione e non risolve tutti i punti dubbî (rimandando per lo scioglimento al suo corso orale) dice qui nettamente : « *Bisogna* non vedere in ciò il potere immediato d'impadronirsi dei dritti e delle azioni del debitore.... *Egli è evidente* che l'esercizio diretto dei dritti e delle azioni, se il debitore non li cede, non può passare ai creditori che per una sentenza » (1).

In questo sì profondo conflitto fra la giurisprudenza e la dottrina, la verità secondo noi, è professata da quest'ultima; e il bisogno di una surrogazione convenzionale o giudiziaria ci sembra sorgere chiaramente o dai principî generali, o dalle tradizioni storiche. — Il nostro articolo 1166 (1119),

(1) Rig., 23 gen. 1849; Rig., 2 giugno 1851 (Dev., 49, 1, 193; 51, 1, 593). — Contra: Proudhon (*Usufr.*, IV-2237 e 2238); Rolland de Vill. (*Rép.*, *Dr. person.*, n. 28) ; Demante (*Prog.* , II-596) ; Dalloz (*Diz.*, *Obbligaz.*, num. 769); Zachariae (II, p. 332).

che permette al creditore di esercitare direttamente e da sè, i dritti del suo debitore, non stanzia una regola a parte, ma invece applica il principio generale degli art. 2092, 2093 (1962, 1963) i quali dichiarano che *chiunque si obbliga, obbliga i suoi beni*, *che i beni dei debitori sono la garenzia dei suoi creditori*. I dritti e le azioni di un debitore che fan parte del suo patrimonio, nè più nè meno che gli altri beni, sono risponsabili dei suoi debiti, e quindi il creditore non ha maggiori o minori diritti sugli uni che sugli altri. Dunque poichè il dritto di garenzia imperfetto conferito dagli articoli 2092, 2093 (1962, 1963) dà soltanto al creditore la facoltà di farsi autorizzare dal magistrato a prendere i beni, affinchè si paghi, pei dritti e le azioni, cotesta sola facoltà deriva dal nostro articolo 1166 (1119); e il creditore quindi non potrà direttamente agire da sè, non essendovi cessione del debitore, se non quando vi è autorizzato per sentenza. E che il nostro articolo applichi il principio degli articoli 2092 e 2093 (1962, 1963) ben sorge dalla esposizione medesima dei motivi. In essa è detto, che: « se i creditori debbono essere ammessi ad agire direttamente, gli è che colui il quale contrae debiti, obbliga tutti i suoi beni, e sarebbe illusoria la sua garenzia, se egli trascurasse di esercitare i suoi dritti (Fenet XIII, pag. 238)) ».

Questa è stata sempre la dottrina del dritto romano, e del nostro antico dritto. In Roma, il creditore che volea esercitare le azioni o i crediti del suo debitore, era sempre costretto a chieder l'autorizzazione dal giudice, o dal preside della provincia (L. 2, *Cod. Quando fiscus*; *Dig.*, *leg.* 15 *de re judic.*). Pothier nelle sue Pandette presenta queste regole come tutte naturali. Lebrun dice anche, che « un creditore può esercitare i dritti del suo debitore, *e farsi per ciò surrogare* (*Succ.*, l. II, cap. 2, sez. 2, 42) ». Denizart spiega parimente che « i dritti e le azioni che appartengono al debitore, *essendo parte dei di costui beni*, possono esercitarsi dai creditori, *il che avviene* con una specie di surrogazione (alla parola *Creance* § 7) ». Finalmente **Maleville**, uno di quelli che compilarono l'articolo presente, ind[illegible] come a comentario le due leggi romane sopra citate, e la sezione di Lebrun. [illegible] che emerge che il legislatore del 18[illegible] voleva qui riprodurre la regola del nostro antico dritto, e del dritto romano.

II.—494. La legge, che permette al creditore di esercitare tutti i dritti del debitore, ne eccettua quelli *esclusivamente personali*; ma è molto difficile determinare a che si estenda la *eccezione*, e di[illegible]chiarare nettamente ciò che intende qui la legge per dritti esclusivamente *personali*.

I nostri dritti sono o puramente morali, o puramente pecuniari, o *morali e pecuniari* insieme. I dritti puramente morali non possono certamente *esercitarsi* da' creditori di colui cui spettano. Io non posso esercitare il dritto di *correzione che* ha il mio debitore sopra i suoi figli, il dritto di consentire al loro *matrimonio, il dritto* di un marito a domandare la separazione di persona, ecc. ecc. *Egli è vero che* l'azione di nullità assoluta *del matrimonio* può essere esperimentata *da tutti coloro* che hanno interesse perchè si annulli, e quindi dai creditori (ad esempio, per toglier di mezzo l'ipoteca legale della moglie del debitore). Ma i creditori *allora* non esercitano il dritto del loro debitore, nè si applica il nostro articolo; essi *esercitano un* dritto proprio, che la legge conferisce in tal caso al maggior numero di persone che si può, affinchè più sicuramente si possa impugnare il matrimonio annullabile (art. 184, 191 (TT)).

Al contrario, i dritti puramente pecuniari, che non debbono riguardarsi come esclusivamente personali, possono essere esercitati dai creditori. Pure ve ne ha di *tali* che la legge rigorosamente attacca *alla persona*. Così i dritti di uso e di abitazione debbono essere sempre esercitati dal titolare (art. 631, 634 (556, T)); il retratto successorio da uno dei condividenti, e non dai suoi aventi-causa estranei alla successione (art. 841 (760)); le pensioni alimentarie, almeno in *principio*, non pos-

o essere sequestrate dai creditori (arlo 581, 582 Cod. proc. (671, 672)); editori d'una donna maritata non poso senza il consenso di lei domandare eparazione dei beni (art. 1446 (1410)).
dritti che sono in uno morali e peiari, potranno secondo i casi essere o no esercitati dai creditori. Così la quine se le azioni di reclamo di stato poso essere esercitate dal creditore, quine da Toullier decisa affermativamente -372), e in senso opposto da Duranton (X-2), ci sembra doversi risolvere con una nplice distinzione. Se i creditori intendesro reclamare *principaliter* lo stato civile l debitore, la loro domanda sarebbe tutta orale, e non potrebbero farla; ma se iedono danaro, beni, se sperimentano l'azione di petizione di eredità, e a giuificare la loro domanda indicano e diostrano lo stato del loro debitore, non otrebbe respingersi la loro domanda puamente pecuniaria. Era questa la dottrie di d'Aguessau *(sesta aringa)*. — L'azioe di non riconoscenza puramente morale, quindi esclusivamente personale, se può sercitarla il marito, diventa piuttosto peuniaria pei suoi successori (art. 317, nuero I (239)), e può essere esercitata ai loro creditori. — Le azioni di revoca li donazione per ingratitudine, e di danni ed interessi per delitti commessi contro a persona, sebbene abbiano un interese pecuniario e insieme morale, e possano esser cedute volontariamente ad un tero, non potranno nondimeno essere esercitate dai creditori in forza del nostro articolo, e contro il volere del debitore, poendo le azioni di riparazione d'ingiuria estinguersi col perdono dell'offeso.

495. Vi ha due classi di dritti puranente pecuniari, che debbono esercitarsi nel silenzio della legge dai creditori giusta il nostro articolo, sebbene Toullier ciò non consenta (VII, 566 e 567). Ciò sono: 1° le azioni di nullità fondate sula lesione, l'errore, la violenza, o il doo, 2° le eccezioni che la legge in materia di fidejussione chiama puramente personali al debitore, come la minore età (art. 2012, 2036 (1884, 1908)).

Per le une, dice Toullier che il debitore solo può conoscere se sia stato leso, costretto con violenza, ecc.; ma ciò importa per fermo confondere il dritto di esercitare l'azione coi mezzi di giustificarla: la domanda dei creditori sarebbe respinta, se non provano abbastanza l'errore, la violenza, il dolo, la lesione che allegano, ma se ne facessero la prova, perchè mai non sarebbero ascoltati (1)?

Per le seconde, Toullier fondandosi specialmente sui termini degli artic. 2012, 2036 (1884, 1908) i quali dichiarano *puramente personali* all'obbligato le eccezioni, o cause di nullità di cui trattasi; pretende che vi sarebbe sottigliezza e abuso di parole, nel dire che tali termini non indichino la medesima idea che quelle del nostro articolo *esclusivamente personali*. Una decisione di Grenoble (del 2 ag. 1827) ha giudicato nel senso medesimo. Ma questo secondo sistema non meno che il primo non può sostenersi, e qui il celebre professore fa abuso di parole. La qualificazione di eccezione *puramente personale* all'obbligato, è affatto speciale alla materia della fidejussione, e non ha rapporto alcuno col nostro articolo.

Le personali eccezioni sono quelle riguardanti soltanto la persona del debitore, e non possono essere opposte dal fidejussore a differenza delle eccezioni reali, le quali provengono da un vizio dello stesso debito (come la violenza), e possono essere opposte da qualunque individuo a cui domandasi il pagamento.

Contraendo io con un minore, e avendo avuto la cura di farvi mallevare il suo debito, appunto forse per la sua minore età, è chiaro che non potete prevalervi di questa per dire che non siete obbligato; il solo minore può parlare in tal modo, ed è solamente in tal senso che la eccezione gli è personale. Ma non perchè l'eccezione è puramente personale al de-

(1) *Conf.*, Merlin (*Quest.*, *Ipot.*, II); Duranton (X-562), Zachariae (II, p. 338).

bitore rispetto ai suoi fidejussori, ne segue che tale sia pure rispetto ai suoi creditori... Gli è un dritto puramente pecuniario, una sostanza del debitore; e possono quindi evidentemente esercitarlo i creditori che hanno il dritto della garenzia sopra tutti i beni del debitore. La nostra dottrina ammessa da decisioni posteriori a quella di Grenoble, è abbracciata da tutti gli scrittori (1).

1167 (1120). — Possono pure in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni.

Debbono nondimeno, riguardo ai diritti enunciati nel titolo *delle Successioni*, e nel titolo *del contratto di matrimonio e de' diritti degli sposi* conformarsi alle regole che ivi sono prescritte.*

SOMMARIO

I. Azione pauliana o revocatoria. Il Codice ne stabilisce soltanto il principio, e per le peculiarità rimanda implicitamente al diritto antico.
II. Bisogna che l'atto abbia determinato o accresciuto la insolventezza del debitore, e che il debitore l'abbia fraudolentemente compito, anche negli atti gratuiti. Dissenso da Duranton e Zachariae.
III. L'azione non è ammessa contro gli atti pei quali il debitore ha trascurato soltanto di acquistare.
IV. È anche necessario che vi sia frode in colui con cui il debitore ha trattato? Distinzione. Quid *di un sotto-acquirente? Errore di Zachariae.*
V. Se la frode si è consumata mercè una sentenza, i creditori agiscono colla opposizione di terzo.
VI. I creditori posteriori all'atto profittano della sua revoca; ma non possono farla revocare, tranne che non sia stato fatto contro di loro. Recente decisione.
VII. L'azione vive per 30 *anni; errore di Toullier e Duranton.*

I. — 496. Gli art. 2092 e 2093 (1962, 1963) concedono ai creditori qualunque sieno, un dritto di garenzia su tutti i beni del loro debitore, la quale esiste, fintanto che quei beni appartengono al debitore, e svanisce tosto che escono dal suo patrimonio. Niun testo del Codice concede al creditore puro e semplice il dritto di farsi pagare sui beni che sono stati del suo debitore; tal dritto, tal facoltà di perseguire la cosa del debitore, già alienata nelle mani dei terzi acquirenti, esiste nel solo caso del privilegio, o della ipoteca.

Per cotesta imperfetta indole che ha la garenzia, i creditori erano a discrezione del loro debitore, il quale con fraudolenti alienazioni avrebbe potuto sempre far venire meno la garenzia. Il dritto romano impedì tal pericolo col permettere, che i creditori facessero annullare tutti gli atti fatti in pregiudizio dei loro dritti; regola ammessa dall'antica nostra giurisprudenza, e riprodotta nel nostro art. 1167 (1120). L'azione accordata ai creditori chiamavasi in Roma e spesso anche oggi nella dottrina, *aziono pauliana* dal nome del pretore che l'introdusse.

É stato solamente stanziato il principio

(1) Bastia, 20 mag. 1834; Rouen, 9 gen. 1838; Devill., XXXV, 2, 27; XXXVIII, 2, 110; Delvincourt, Merlin (*loc. cit.*); Proudhon (*Usufr.*, n. 2347); Duranton (X-561); Dalloz, *Obblig.*; Zachariae, II, pagina 339).

* Ciascuno dei creditori del marito può opporsi alla sentenza di separazione di beni; nè il giudicato profferito nello interesse di uno nuoce all'altro, ancorchè la opposizione si fondi su motivi identici. C. S. di Napoli, 8 luglio 1819.

— Il creditore il cui titolo è posteriore alla vendita fatta dal suo debitore, non può essere ammesso ad impugnare di frode la vendita istessa. C. S. di Napoli, 3 agosto 1850.

— Il creditore che non ha rinnovata la iscrizione della ipoteca, non è perciò impedito d'impugnare di frode l'atto del suo debitore col quale alienando l'immobile ipotecato si rende insolvibile. C. S. di Napoli, 11 novembre 1851.

— Un creditore senza provare il consiglio di frodare, ed il danno non si può opporre all'accettazione fatta dal debitore, a favore di altro creditore, di una condanna in forza di sentenza contumaciale soggetta a perenzione. C. S. di Napoli, 4 dic. 1852.

della azione pauliana senza alcuno sviluppamento intorno alla sua natura ed ai suoi effetti; i compilatori si sono riportati per le peculiarità alle regole del dritto romano, ammesse dalla pratica universale del nostro dritto francese. Dunque il sistema di questa azione rivocatoria dovremo attingerlo nel dritto romano.

II. — 497. Perchè l'atto possa essere rivocato, è necessario che abbia recato pregiudizio al creditore, e sia stato fatto con frode.

Bisogna dapprima, che l'atto abbia recato pregiudizio al creditore, cagionando o accrescendo la insolventezza del debitore; avvegnachè se questi fosse poi divenuto insolvibile, la perdita sarebbe cagionata non più dall' atto, ma da questa o quell' altra particolare circostanza.

Oltre a ciò fa d' uopo che siavi frode del debitore, cioè che egli abbia compito l'atto, conscio del pregiudizio che recherebbe al suo creditore, o della sua insolvibilità. La frode, la conoscenza che ha il debitore della sua insolvibilità, è necessaria non solo negli atti a titolo oneroso, ma eziandio in quelli di beneficenza, ed anche negli atti puramente unilaterali, e che non chiedono un concorso di volontà, come la rinunzia del debitore allo usufrutto che gli appartiene, o ad una credità a lui devoluta.

Duranton (X-577) e Zachariæ (II, pagina 345) rigettano quest'ultima idea, pretendendo che il Codice abbia voluto allontanarsi dai principî del dritto romano, e permettere l'annullamento degli atti *gratuiti* per il solo pregiudizio, senza che vi sia stata frode del debitore. Ma non ci sembra potersi ammettere cotal dottrina. Primieramente, non solo il dritto romano, ma anche il nostro dritto francese volevano la frode anche negli atti gratuiti (Pothier, *Consuet. d'Orléans*, tit. 15, numero 67; *Succ.*, cap. 3, art. 1, par. 2 al 5). Ora i principî di cui i compilatori erano imbevuti, non sarebbero stati mutati senza discussione od osservazione; eppure dai lavori preparatori non si scorge che si volesse far mutamento, anzi, come vedremo, indicano piuttosto il contrario.

Si oppongono alcuni articoli (622, 788 (547, 765) nei quali la legge permette che si annullino le rinuncie, non parlando che del solo *pregiudizio*. Ma noi abbiamo già veduto che in un altro articolo (1464 (T)) ov'è preveduto un simigliante caso, si vuole la frode, per modo che i compilatori negli articoli precedenti al nostro parlarono del pregiudizio, senza spiegare se debba o pur no provenire dalla frode, per riserbare la quistione e deciderla nel nostro capitolo che era il suo luogo. Ciò ci sembra provato da una circostanza dei lavori preparatori.

Nelle sue osservazioni il tribunale di cassazione voleva che la frode non fosse dichiarata necessaria per gli atti gratuiti; e la sezione di legislazione accogliendo in parte cotesta idea, aveva aggiunto ai tre articoli della nostra sezione un quarto, dichiarando, che non sempre basterebbe il semplice fatto del danno, ma nel caso della rinunzia del debitore o ad una credità, o ad una donazione precedentemente da lui accettata (Fenet, t. XII, pag. 12). Ma questo articolo è stato soppresso, dal che sorge che il legislatore ha voluto seguire gli antichi principî, ammettendo l'azione rivocatoria contra gli atti fraudolenti (1).

III. — 498. L' articolo soppresso prova pure un punto intorno a cui non potremmo accostarci a Zachariae.

Il professore tedesco insegna (II., pagina 342) che il Codice, a differenza del dritto romano, ammette l'azione rivocatoria dei creditori, non solo contro gli atti con cui il debitore scemi il suo patrimonio, ma pur contro quelli con cui trascuri di accrescerlo. Ciò ci sembra inesatto. Il nostro dritto francese è vero permette che i creditori impugnino la rinunzia fatta dal debitore ad una credità; cosa non consentita dal dritto romano; ma ciò si attiene al mutamento del principio intorno agli effetti della accettazione dell'eredità.

(1) *Conf.*, Toullier (VI-348); Proudhon (*Usufr.*, X-2353); Grenier (I-93); Bordeaux, 13 febbraro 1826.

In Roma gli eredi erano o necessarî o esterni. Lo erede esterno, quello cioè che non era sotto la potestà del defunto, diveniva erede e proprietario dei beni mercè l'adizione, ossia con l' accettazione della eredità; il suo ripudio non gli toglieva quindi i beni, ma gli impediva che li acquistasse, dimodochè esso non facea sminuire il patrimonio, nè dava luogo all'azione pauliana. Lo erede necessario era erede e proprietario di pieno dritto, e per il solo fatto della morte, restandovi per forza nè potendo rinunziare la eredità; cotalchè non poteva mai farsi annullare una rinunzia fatta da lui (1). Da noi invece ogni erede è libero di rinunziare, e diventa proprietario pel solo fatto della morte del suo autore, di modo che la rinunzia è sempre uno scemamento del patrimonio, e quindi dà luogo all'azione rivocatoria (art. 724 e 785 (644 e 702)).

Dunque dall'ammettere che fa il nostro dritto la revoca in tal caso, non puossi inferire che sia autorizzata nei casi in cui il debitore abbia trascurato soltanto di acquistare. Il contrario viene provato dall'articolo che esisteva nel progetto, poichè, ammessa la revoca contra la rinunzia ad una eredità, non la ammetteva contra la rinunzia fatta ad una donazione, se non quando *sia stata precedentemente acquistata*; di modo che il debitore avrebbe abbandonato beni che già gli appartenevano.

In vero, come dire che un debitore abbia frodato i suoi creditori e distrutto la loro garenzia, quando abbia trascurato soltanto di acquistare altri beni? Si dirà con Zachariae, che gli articoli 2092 e 2093 (1962 e 1963) stabiliscono la garenzia del debitore *sui beni futuri* del debitore come sui presenti, e quindi egli la sminuisce non volendo acquistare beni futuri? Ma è questo un abuso di parole. Gli art. 2092 e 2093 (1962 e 1963) significano semplicemente, non già che il dritto di pegno cade sopra i miei beni futuri, ma che il dritto di garenzia del mio credito cade immediatamente sopra i beni che mi appartengono nel giorno in cui nasce la mia obbligazione, e secondo che vada acquistandone sopra quelli che poi mi apparterranno. Ma siccome la cosa divien vostra garenzia entrando nel mio patrimonio, voi quindi non potete dire che essa vi viene sminuita perchè io rifiuti di acquistare alcuna cosa.

IV. — 499. Ma può ammettersi sempre l'azione pauliana contro l'atto che ha scemato il patrimonio, e ha reso insolvibile il debitore, o accresciutane la insolvenza e che dal debitore si è compito con frode? oppure bisogna indagare se vi sia stato ugualmente frode in colui con cui il debitore ha contratto?..

Bisogna qui far la distinzione che noi abbiam di sopra respinto, tra gli atti gratuiti, e gli atti a titolo oneroso. Se è un atto gratuito, una rinunzia all'eredità, per esempio, o ad una donazione, potrà essere annullato, quantunque il donatario o l'erede a cui tornava a profitto la rinunzia non abbia commesso frode alcuna, e del tutto ignorato il torto che l'atto poteva recare ai creditori; ma se è un atto a titolo oneroso, non può annullarsi, se non quando il terzo sia stato complice della frode del debitore, *conscius fraudis*. Erano questi i principî del dritto romano, e del nostro antico dritto (Dig., l. 42, t. 8, 6, § 11, 7. Pothier loc. cit.; e son pur quelli del Codice in cui non si sono spiegate le particolarità dell'azione pauliana, per conservare le regole precedentemente ammesse. Questa regola del resto è tanto conforme alla ragione, quanto al dritto positivo, perchè se non vi ha motivo a preferire il creditore al terzo, quando entrambi lottano per ischivare una perdita, è invece semplicissimo anteporlo a un terzo che voglia fare un guadagno. Tale era anche la dottrina di tutti gli scrittori, e di tutte le decisioni.

499 *bis*. Ma che cosa decidere, se lo

(1) Egli poteva soltanto ottenere il beneficio *abstentionis* (se figlio di famiglia) ovvero il beneficio di *separazione* (se era uno schiavo), onde evitare i procedimenti che i creditori ereditari avrebbero senza di ciò esercitato sopra i suoi beni personali.' *Instit. Justin.*, L. 11, t. 19.

quirente soggetto all' azione revocatoria bbia trasferito la cosa a un sotto-acquirente?... Niuna difficoltà, se il nuovo detentore abbia acquistato a titolo gratuito; semplicissimo era dar la preferenza al creditore per la ragione di sopra indicata. Ciò rean fatto il dritto romano, e il nostro ntico dritto, e lo stesso è al presente.

Ma non si è più d'accordo, se il sottoacquirente sia a titolo oneroso. Proudhon (Usuf., 2412) e Duranton (X-582) c'insegnano, che non possa essere spogliato, se non quando è stato complice della frode; Zachariæ al contrario, che debba esserlo in tutti i casi (II, p. 348, nota 25).

Non sapremmo seguire quest'ultima idea; e la opinione di Proudhon, e Duranton ci embra incontrastabile. Era essa altre volte formalmente ammessa (Dig., I, 42, t. 8; Domat, l. 2, t. 19, sez. 1, n. 3), ed n questa materia il Codice non ha cangiato gli antichi principj. — La contraria dottrina sarebbe inconseguente; poichè se un primo acquirente a titolo oneroso, esente di frode, non può essere molestato essendo in sicuro per la sua buona fede, come quella d'un sotto-acquirente non produrrebbe lo effetto medesimo? forse nell'uno come nell'altro caso, il creditore e l'acquirente non lottano entrambi *de damno vitando?* forse il primo acquirente pubblicamente investito dei dritti del debitore non deve considerarsi come se abbia ricevuto mandato di lui per alienare la cosa, e confermatasi l'alienazione che il debitore avrebbe fatta per mezzo d'un mandatario, come annullare quella fatta da un primo acquirente suo avente-causa?

S'invocherebbe invano il principio di non potersi trasmettere i dritti che non si hanno, per dire che il primo acquirente avendo soltanto una proprietà revocabile dai creditori, non ne abbia potuto trasmettere una irrevocabile. Un tal principio non è da applicarsi nello acquisto a titolo oneroso, e di buona fede, dappoichè il debitore la cui proprietà non può alienarsi in pregiudizio dei creditori, conferisce anche con frode agli acquirenti a titolo oneroso e di buona fede, una proprietà irrevocabile (1).

V.—500. Se la frode del debitore stesse nel lasciare che si pronunzii contro lui (per connivenza coi suoi avversari) una sentenza a costoro favorevole, avrebbero sempre i creditori l'azione revocatoria, e l'eserciterebbero impugnando la sentenza colla opposizione di terzo (art. 474 Cod. proc. (538)). I creditori infatti possono *opporsi* a tal sentenza loro contraria, sostenendo essere *terzi* quanto alla sentenza, e non essere stati rappresentati, perchè se un debitore rappresenta necessariamente i suoi creditori nelle sue liti, e perde e guadagna per loro come per se, è chiaro che ei cangiasi in loro avversario, e non è più rappresentante se condannato per frode.

VI. — 501. Gli è un punto molto delicato il conoscere se i creditori che tali son divenuti dopo l'atto fraudolento (è che quindi non possono impugnarlo, non essendosi fatto in frode dei loro diritti), possano pur nondimeno profittare della revoca che sulla dimanda dei creditori antecedenti sarebbe pronunziata.

Duranton (X, 574) risponde del sì, appoggiandosi sopra coteste due idee: 1° che l'azione revocatoria fa rientrare i beni nel patrimonio del debitore, e 2° che rientrati i beni nel patrimonio, tutti i creditori vi hanno un dritto uguale, salvo il caso di privilegi o d'ipoteche, non essendo ammessa tra creditori altra causa di preferenza (artic. 2093, 2094 (1963, 1964)). — Altri giureconsulti sostengono del no, dicendo che l'azione non fa rientrare i beni nel patrimonio del debitore. Secondo essi, i creditori non fanno annullare l'atto del loro debitore, ma esercitano contro i terzi un *dritto di ipoteca* che risulta dalla loro garenzia, cioè essi perseguono nelle mani dei terzi i beni appartenuti al loro debitore onde farsi paga-

(1) Questo principio oltrecchè da parecchie decisioni (Parigi, 11 luglio 1829; Rig., 24 marzo 1830) è stato anche consacrato (siccome l'altro del numero 502) da una decisione di cassazione del 2 febbr. 1852, e fu allora che il primo avvocato generale Nicias Gaillard si è degnato di leggere alla Corte le nostre spiegazioni sull' azione pauliana (*Gazette des trib.* e *Le Droit* del 3 febbr. 1852).

re sul prezzo, senza che quelli cessino di appartenere ai terzi.

Quest'ultimo principio è inesatto; la garenzia di cui è discorso non contiene il dritto di ipoteca in principio per sua natura; e se potesse produrlo sarebbe per eccezione nel caso speciale della frode, poichè allora soltanto i creditori possono reclamare dopo alienata la cosa; ma fuori un tal caso, l'alienazione fatta dal debitore annulla la garenzia dei creditori. Ma se la garenzia, quale l'ha fatto la legge, vien conferita dagli articoli 2092 e 2093 (1962, 1963) non contiene dritto di ipoteca, come nascerebbe esso per la frode? forse tal circostanza può cangiare la natura della garenzia? Fa d'uopo cercare altra teoria, che è molto semplice...

La garenzia dei creditori esiste sui beni che presentemente appartengono al debitore, e cessa coll'alienazione. Ma se questa è fatta fraudolentemente, allora siccome *fraus omnia corrumpit*, il creditore può farla annullare, e questa sendo come non avvenuta, la cosa è rimasta nel patrimonio del debitore, e il dritto di garenzia del debitore non ha cessato di esistere. Come dubitare della esattezza di tal teoria, allorchè il dritto romano (seguito in tutta questa materia dalla nostra giurisprudenza francese) l'ha esposto nei termini più formali? *Si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere,* ID EST DICERE EAM REM TRADITAM NON ESSE, *et ob id* IN BONIS DEBITORIS MANSISSE *(Inst.*, l. 4, t. 6, § 6).—Riconosciamo con Duranton, che per l'azione pauliana si fa legalmente rientrare la cosa nel patrimonio del debitore; e siccome nessun testo ci autorizza a dire che vi rientra solo relativamente a tali creditori, pensiamo con quel dotto professore, che i posteriori creditori, i quali non possono far pronunziare la revoca, potranno profittarne se sia ottenuta da altri. Col principio che la cosa rientra nel patrimonio del debitore, abbiamo anco deciso che il terzo a cui la revoca non toglie la cosa, non abbia alcun regresso. (V. la spiegaz. degli art. 622 e 788 (547, 705)).

502. Nel dire che la revoca può esser soltanto chiesta da coloro che eran creditori nel momento che si faceva l'atto, parliamo dei casi ordinari, supponendo che l'atto sia stato fatto per frodare i creditori presenti. Ma se l'atto si fosse fatto per frodare quelli con cui si volea appresso contrarre, i posteriori creditori potrebbero farlo annullare, perchè appunto contro di loro quella frode sarebbesi commessa: *fraus omnia corrumpit*. Ciò lo abbiamo detto in una consulta del 12 agosto 1850 in cui confutammo una contraria decisione di Rennes, che fu cassa dalla decisione citata nella nota precedente del 2 febbraro 1852.

VII. — **503.** È controverso in qual termine debba essere sperimentata l'azione pauliana. Toullier ci dice, che il termine sarà determinato dal giudice secondo le circostanze. Ma questo è molto arbitrario e da non ammettersi. Duranton (X 585) dichiara che la azione si prescrive in dieci anni, ma gli è certo dai termini stessi dell'art. 1304 (1258), che desso è scritto per l'azione di nullità intentate dalle parti contraenti, che quindi l'azione pauliana è soggetta alla regola generale dell'art. 2262 (2169) e deve durare trent'anni contando dal giorno in cui si è compito l'atto fraudolento (1).

1168 (1124) e seg.—*(Si trovano appresso dopo il cap. III, n. 544).*

(1) *Conf*, Proudhon (*Usuf.*, n. 2401); Zachariae (II, p. 349); Duvergier (*sopra Toullier*); Parigi, 11 giugno 1825; Rig., 24 marzo 1839; Tolosa, 15 gennaro 1834; Rig., 3 agosto 1840 (Dev., 34, 2, 298; 41, 2, 16).

SECONDA PARTE DEL CAPITOLO III.

DELL' EFFETTO DELLE OBBLIGAZIONI

SEZIONE II.

(Art. 1137, 1138 in parte e 1139 (1091, 1092 in parte e 1093)).

504. Spiegati (n. 477) gli art. 1136, 138 in parte (1090, 1092), 1140 e 1141 1094, 1095) non ci resta, a terminar la ezione seconda, che studiare solo l'articolo 1137 (1091) sulla teoria delle colpe, la parte dello art. 1138 (1092) che riguarda la quistione dei rischi, e l'art. 1139 (1093) sulla mora della persona obbligata.

1137 (1091). — L' obbligo di vegliare alla conservazione della cosa, tanto se la onvenzione non abbia per oggetto che la utilità di una delle parti, quanto se abbia per iscopo la loro utilità comune, sottopone colui che ne è incaricato, ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia. Quest'obbligo è più o meno esteso relativamente ad alcuni contratti, i di cui effetti a questo riguardo sono spiegati nei rispettivi titoli.

SOMMARIO

I. La regola di questo articolo è un principio generale intorno alle colpe per cui è tenuta ogni persona obbligata.
II. Teoria delle colpe nell'antico dritto, attribuita senza ragione ai Romani.
III. Teoria del Codice. In principio, si è obbligati delle cure ordinarie di un solerte amministratore. Benigna eccezione pel depositario.—Osservazione.

I. — **505.** La regola di questo articolo non solo si applica alle obbligazioni di conservare una cosa, benchè per esso sia scritta, ma estendesi a tutte le obbligazioni, avendone il Codice fatto un principio generale intorno alle colpe di cui può essere risponsabile la persona obbligata in qualsivoglia circostanza, intorno alle cure che deve impiegare nel compiere la obbligazione principale. Che cotesta regola sia generale sorge da moltissimi articoli del Codice, nei quali non si fa che applicarne specialmente i principii; fra gli altri l' art. 420, paragrafo 2 (342) per tutti gli atti che riguardano l' amministrazione del tutore; l' art. 601 (526) per il godimento dell'usufruttuario; l'art. 627 (552) per l'esercizio del dritto di uso; l'art. 1374 (1328) per l'amministrazione del semplice *negotiorum gestor*; i quali articoli si riferiscono tanto all'obbligazione di fare, quanto a quella di dare o di conservare una cosa, e alle obbligazioni che derivano da un quasi-contratto, o dalla legge, non che alle obbligazioni convenzionali.

II. — **506.** Intorno alla teoria generale *delle colpe* la nostra antica giurisprudenza seguiva un sistema che in fede dei comentatori si ritenne esser quello del dritto romano.

Distinguevansi dapprima tre specie di colpe: 1° la grande colpa, la colpa grave, *culpa lata*; la quale consisteva nel non impiegare quella diligenza e quelle cure che l'obbligato secondo le sue note abitudini avrebbe usate pei suoi propri affari; 2° la colpa leggiera, *culpa levis*, quando l'obbligato, quali che fossero le sue personali abitudini, non avea prestato la cura che ai suoi affari impiega d'ordinario un solerte pro-

prietario, un diligente amministratore *bonus pater familias*; 3° da ultimo, la colpa lievissima *culpa levissima*, nella quale si poteva incorrere perchè s'immaginava un uomo tanto prudente da impiegare tutte le cure o le precauzioni che deve usare l'obbligato. Da ciò si vede, come si valutasse la colpa grave, preso per punto di paragone l'obbligato medesimo, la diligenza impiegata realmente e in fatto pei suoi personali affari; per le colpe lievi e lievissime il punto di paragone era un tipo astratto, nell'un caso l'amministratore d'una prudenza ordinaria, e nell'altro l'amministratore per quanto più si potesse prudente; più si diceva che la colpa grave valutavasi *in concreto*, e le altre due *in astracto*. — Determinate così le tre specie di colpa, dicevasi, essere l'obbligato tenuto della colpa grave quando la sua obbligazione riguardava l'unico interesse del creditore (ad esempio, quella di un mandatario); della colpa lieve, quando l'affare riguardava insieme le due parti (come una locazione); e infine della lievissima, quando l'obbligazione era nell'unico suo interesse, come nel comodato. Tal sistema vien accennato in Pothier (n. 142) e nella esposizione dei motivi del nostro titolo (Fenet, tom. XIII, p. 229).

III. — 507. Questo sistema, il quale non era come fu creduto quello dei giureconsulti romani, non è ammesso dal Codice, checchè ne dicano Proudhon (Ducaurroy, *Inst.*, n.1067), e Duranton (X, n.977). Non si ammette più oggidì quella colpa lievissima risultante dal paragone che si fa con un tipo di una perfezione immaginaria; e nemmeno si vuole che un obbligato possa esser mai esonerato delle sue colpe perchè egli commetta le medesime colpe nei suoi proprii affari. Essendo voi obbligato per il mio interesse, la vostra responsabilità non si restringerà alle colpe gravi e riguardate *in concreto*; viceversa, quantunque la vostra obbligazione giovi a voi solo, non si vorrà che usiate prudenza e precauzione per quanto più fosse possibile; ma in tutti i casi si prenderà per tipo, per punto di paragone il buon padre di famigl cioè si cercherà quel che un solerte a ministratore è solito fare nel corso o nario delle cose. Il Codice infatti dic « tanto se *la convenzione* (e dovea i in generale qualunque *affare*, siavi o convenzione) abbia per oggetto solame l'utilità di una delle parti (non impo quale) quanto se abbia per oggetto la l ro utilità comune, sottopone colui che ha il carico, ad impiegarvi tutta la di genza di un buon padre di famiglia ».

507 *bis*. Ma vi ha il solo caso d deposito in cui la legge deroga al princ pio, e sottopone soltanto l'obbligato all colpe considerate in *concreto*. Movend dalla idea che un depositario abbia semplicemente consentito che gli affidaste la vostra cosa, e quindi abbia dovuto essere comune intendimento delle parti, che egli la custodirebbe nè più nè meno come le sue cose, il legislatore dichiara (art. 1927 (1799)) che « il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata *la stessa diligenza* che impiega per *custodire* le cose *che gli appartengono* ».

507 *ter*. Del resto, il *principio generale* del nostro articolo, non meno che la eccezione relativa al depositario, possono applicarsi con più o meno rigore. Prendendosi per punto di paragone il tipo di un buon padre di famiglia, si può senza andare agli estremi immaginarselo più o meno perfetto; d'altra parte, quando il giudice esamina la colpa in *concreto* soltanto, e secondo la condotta ordinaria dell'obbligato, trova anche una *tal quale* latitudine, se non altro nella scelta degli atti, che egli vorrà prendere per *valutare* la prudenza ordinaria di lui. Dippiù la legge ci dice, che la responsabilità, *sebbene si regoli* con unico principio, potrà estendersi più o meno secondo l'indole *del contratto* (secondo paragrafo) e secondo tutte insieme le circostanze (art. 1374 (*1328*), e che la regola relativa al depositario dovrà applicarsi in alcuni casi con più rigore dell'ordinario (art. 1928 (1800)).

1138 (1092) prima parte. Si trova più
pra, n. 480.

1138 (1092) seconda parte. — Essa (la
bligazione di consegnare un corpo certo)
che la cosa resti a pericolo del credi-
tore dal momento in cui dovrebbe essere
consegnata, quantunque non sia seguita
la tradizione, purchè il debitore non sia
in mora a consegnarla, nel qual caso la
cosa rimane a di lui rischio.

508. Sappiamo che le parole *dal mo-
ento in cui la cosa dovrebbe consegnarsi*
gnificano nel nostro articolo, *dal mo-
ento in cui dovrebbe farsi o si reputa
tta la consegna fittizia*; cioè da quando
i è fermata la convenzione.

Pertanto il creditore di un corpo certo,
di una cosa individualmente determinata,
essendosi create correlative obbligazioni,
va soggetto ai rischi e deve soffrire la to-
tale o parziale perdita, val dire sarà sem-
pre obbligato di pagare il prezzo stabilito,
non ostante lo svilimento o la distruzione
del corpo certo, onde si scema od an-
nulla il beneficio del suo credito. Se pri-
ma di consegnarmi il vostro cavallo, o
quel pezzo di terra che mi avete venduto,
quello è morto dal fulmine, o una metà del-
l'altra tolta via dal fiume, io sarò sempre
obbligato di pagarvi la somma stabilita,
quantunque non potessi aver da voi la con-
segna che della metà della cosa, ovvero
di niente.

In ciò il Codice non ha nulla mutato;
cotesta regola è stata ammessa in ogni
tempo nel dritto romano, e nella no-
stra vecchia giurisprudenza (*Instit.*, L. 3,
t. 23, parag. 3; Pothier, *Della vendita*, n.
307). Essa deriva non dal novello princi-
pio del trasferimento della proprietà per
lo effetto immediato del contratto, ma da
quella ragione d'equità, che il creditore
del corpo certo che trae vantaggio degli
aumenti e dei miglioramenti che il corpo
potrebbe ricevere prima della tradizione,
deve viceversa soffrirne i deterioramenti,
o la perdita. Oggidì che la proprietà del
corpo certo trasferiscesi al creditore con
lo stesso contratto, non per una ma per
due ragioni l'oggetto va a rischio di lui.

509. Ma la perdita totale o parziale della
cosa, perchè vada ai danni del creditore, è
bisogno che non sia avvenuta per colpa
del debitore, e nè anco per fatto suo.

È principio di dritto e di ragione, che
il debitore non sia liberato per la perdita
che deriva dal fatto suo, anche senza col-
pa. Quando ignaro della vendita fatta dal
suo autore, l'erede ha distrutto la cosa che
mi avea venduto, gli è ben giusto, sebbe-
ne non si possa tassare di alcuna colpa,
che io non gli paghi il prezzo, e che il pre-
giudizio ricada anzi su lui che su me. Il
semplice fatto, non sufficiente in vero a far
nascere una obbligazione; fa che non si
liberi dalle sue preesistenti obbligazioni;
principio stanziato nelle *Instituta* (l. 2, t.
20, paragrafo 16) e bandito negli articoli
1042 e 1045 (997, 1000) del Codice ci-
vile.

Se il solo fatto del debitore non lo esi-
me dai rischi, con più ragione dalla sua
colpa; e quindi essendo una colpa il met-
tersi in mora in ritardo di consegnare la
cosa *(qui in mora est culpa non vacat)*;
ben dichiara nella fine il nostro articolo,
che la mora del debitore fa che la cosa
rimanga a suo rischio. Dalla spiegazione
del seguente articolo vediamo come il de-
bitore si costituisca in mora.

1139 (1093). — Il debitore è costituito
in mora, tanto mediante intimazione od
altro atto equivalente, quanto in vigore
della convenzione, allorchè essa stabilisce,
che il debitore sarà in mora alla scadenza
del termine senza necessità di alcun atto.

510. È un errore molto comune il cre-
dere che un debitore sia in mora, perchè
non si è adempita la obbligazione nel ter-
mine stabilito. Nei principi del Codice,
difformi in ciò del dritto romano, il de-
bitore in generale non è in mora non o-

stante che spiri il termine, fino a che una citazione, o altro atto equivalente (un precetto, una intimazione) (1) non abbia dimostrato che il creditore nessun termine voglia accordare; nel silenzio del creditore, il debitore è legalmente autorizzato a credere che non si voglia la immediata esecuzione, e il nostro articolo non adotta la massima romana *dies interpellat pro homine*. Inoltre il debitore non vien posto in mora incontanente per la intimazione fattagli onde eseguire, ma soltanto dopo il termine moralmente necessario per adempiere la obbligazione; termine che valuterebbe il giudice, il quale secondo i casi, e se lo trova ragionevole, può accordargliene altro (art. 1244 (1197), Pothier, n. 146.)

Perchè il debitore sia in mora senza verun atto che dichiari la volontà presente del creditore, è necessario 1.° o che costui abbia formalmente stipulato che vi sarebbe la mora appena spirato il termine, ovvero 2° (come esce dall'art. 1146 (1100)) che la obbligazione per l'indole sua stessa non si possa eseguire se non nel termine che il debitore ha fatto trascorrere.

Del resto, la regola stabilita da cotesto articolo sulla mora non è applicabile alle obbligazioni che si restringono a determinate somme, per le quali vi ha una regola a parte nella sezione IV (art. 1153 (1107), n. 111).

III. 1140 (1094) 1141 (1095) *sono stati sopra spiegati*, n. 487.

SEZIONE III.

DELLA OBBLIGAZIONE DI FARE O DI NON FARE.

1142 (1096). — La obbligazione di fare o di non fare, in caso d'inadempimento per parte del debitore, si risolvono nel risarcimento dei danni ed interessi.

511. Abbiamo detto che gli effetti, i legali risultamenti della obbligazione consistono nel dar facoltà al creditore di perseguitare il suo debitore per far che adempi la obbligazione, ed ove egli ostinatamente si neghi, di ottener la esecuzione colla pubblica forza, se lo consentano le circostanze; se nò i danni ed interessi.

Quando si potrà negandosi il debitore ottenere la esecuzione reale con l'intervento della pubblica forza? quando invece il creditore sarà ridotto a non potere altro pretendere che danni ed interessi? Nel nostro dritto la esecuzione forzata si avrà quando si potrà recarla *in atto senza usar* violenze contro la persona del debitore cioè, quando la esecuzione non è siffatta che il solo debitore può farla. Tal principio, conforme alla nostra antica giurisprudenza, e contrario al *dritto romano* (in cui il creditore non poteva *ottenere* mai che una condanna pecuniaria) è stabilito negli art. 1143, 1144 (1097, 1098) i quali restringono la regola troppo largamente e quindi inesattamente espressa dal nostro art. 1142 (1096).

1143 (1097). — Ciò non ostante il creditore ha diritto di domandare che sia distrutto ciò che fosse stato fatto in contravvenzione all'obbligazione, e può farsi autorizzare a distruggerla a spese del debitore senza pregiudizio dei danni ed interessi, quando vi sia luogo.

1144 (1098). — Nel caso d'inadempimento può egualmente essere autorizzato il creditore a far eseguire egli stesso la obbligazione a spese del debitore.

(1) Rig., 11 gennaro 1814. Il precetto differisce dalla semplice citazione perchè esso non può farsi se non in virtù di un titolo esecutivo, e mena al sequestro ed alla espropriazione del debitore. È una citazione più energica della ordinaria.

512. Se voi vi siete obbligato a non chiudere la vostra entrata affinchè io possa passare, e poi la chiudete con un fossato, una barriera, una siepe, ecc. io posso farmi autorizzare a toglier via per forza, e a spese vostre, quella chiusura indebitamente posta. Parimente, se vi siete obbligato con me a fabbricare sul vostro terreno un muro che debba servire a me di chiusura, e poi vi negate a farlo, io potrò chieder facoltà di fabbricare a spese vostre il muro.

Perchè io non possa essere autorizzato dalla giustizia a far che direttamente e realmente si esegua la obbligazione di fare o di non fare a cui vi siete negato, sarebbe necessario che voi soltanto potreste adempiere un fatto, o astenervene, e che non si potrebbe adempiere vostro malgrado con violenze usate contro la vostra persona. Se mi avete promesso di fare un viaggio a Lione per trattarvi un affare che mi riguarda, io non posso colla forza farvi andare colà ; se vi siete impegnato cedendomi i vostri fondi di commercio di non aprir bottega nel medesimo quartino, non potrò con la violenza farvi cacciare dalla casa che da lato a me voi occupate. In simigliante caso, e quando la esecuzione è puramente personale, il creditore potrà soltanto farmi condannare ai danni ed interessi.

513. L'art. 1142 (1095) adunque non deve prendersi alla lettera quando dice che ogni obbligazione di fare o di non fare risolvesi nel risarcimento dei danni ed interessi nel caso che il debitore non adempia. Non è così: 1° quando l'esecuzione forzata non potrebbe uscire che da una violenza diretta contro la persona del debitore ; e 2° quando il creditore, sebbene sia libero di ottenere con la forza la diretta esecuzione, voglia contentarsi di danni ed interessi.

E poichè i nostri articoli 1143 , 1144 (1097 , 1098) dan facoltà di ottenere la esecuzione forzata quando è consentito dall'indole delle cose nell'obbligazioni di fare o di non fare, con più ragione potrà anche ottenersi nelle obbligazioni di dare, di procurare una cosa, nelle quali si vuole il possesso della cosa promessa. Noi parliamo del caso in cui il creditore è creditore, e non solo di quello in cui si sarebbe convenuto di dare in proprietà un corpo certo (perchè allora non solo qual creditore ma altresì come proprietario potrebbe lo stipulante reclamare la cosa, nel qual caso anche in Roma era permessa l'occupazione *manu militari*). Nel nostro antico dritto il creditore che non diveniva proprietario con la convenzione, poteva pure farsi autorizzare a mettersene in possesso (Pothier, n. 156).

1145 (1099).—Se l'obbligazione consiste nel non fare , quello che vi contravviene è tenuto ai danni ed interessi pel solo fatto della contravvenzione.

N. B. Questa regola che appartiene esclusivamente alla seguente sezione, è stata quivi posta da noi come anche la parte dell'art. 1143 (1097) relativa ai danni-interessi che possono essere ancora dovuti al creditore quand'anche abbia fatto distruggere ciò che si era fatto contravvenendosi all'obbligazione.

SEZIONE IV.

DEI DANNI ED INTERESSI PER L'INADEMPIMENTO DELLA OBBLIGAZIONE

514. I danni ed interessi o danni-interessi sono la riparazione 1° *del danno* cagionato dallo inadempimento della obbligazione, e 2° del guadagno, *dell'interesse* di cui sarei privo per tale inadempimento; è questo il ristoro del *damnum emergens*, e *del lucrum cessans*.

I danni ed interessi sono dovuti per lo inadempimento totale, o parziale, cioè per l'inadempimento propriamente detto, e per

l' incompleta esecuzione in cui rientra la tarda esecuzione; perchè colui che esegue più tardi che non dovea, non esegue tutto quel che dovea, *minus solvit qui tardius solvit.*

L'art. 1145 (1099) non posto dai compilatori nella nostra sezione non ostante ne faccia parte, ci dice quando si è tenut ai danni-interessi nelle obbligazioni di no fare, cioè nel momento in cui il debitor fa quello di cui avea promesso astenersi. Per tal mancanza di metodo lo art. 114 (1100) parla solo delle obbligazioni di dar o di fare.

1146 (1100 M).—I danni e gl'interessi son dovuti solamente quando il debitore sia in mora di eseguire la sua obbligazione, eccettochè se la cosa che si è obbligato di dare o di fare, non possa essere data o fatta se non in un determinato tempo, che egli ha lasciato trascorrere.*

515. Oltre il difetto testé cennato, il presente articolo ne ha un altro, che è la pretesa eccezione fatta al principio. Il debitore, ci dice, è tenuto ai danni-interessi quando è in mora, *eccetto* quando la cosa non poteva esser data o fatta che nel termine che ha lasciato trascorrere; ma anche in questo caso il debitore è in mora: allorchè Pietro mi avea promesso darmi il suo cavallo in tal giorno per recarmi a quella fiera, ed ei mel conduce passata la fiera; quando il mio difensore ha fatto trascorrere il termine dello appello che egli dovea fare in mio nome, son tenuto ai danni-interessi perchè *in mora*. In vece di presentare tale *circostanza* come eccezione al principio che *la mora* fa pagare i danni-interessi, bisognava riportarla alla fine dell' art. 1139 (1093) a completare i casi in cui il debitore trovasi in mora.

1147 (1101 M). — Il debitore è condannato se occorre al pagamento dei danni ed interessi, tanto se non adempie l'obbligazione, quanto se ne ritardi l'adempimento, qualora egli non pruovi che la mancanza sia provenuto d'una causa estranea non imputabile a lui, ancorchè non siavi per sua parte intervenuta mala fede.**

1148 (1102 M). — Il debitore non è tenuto a verun danno ed interesse, quando per forza irresistibile o per caso fortuito, fu impedito di dare o di fare quello, a cui si era obbligato, o ha fatto ciò che gli era vietato.***

516. Il debitore che ha mancato alla sua obbligazione facendo tutto o in parte quel che non dovea, o non facendo o non dando quel che *dovea*, o *facendo* e dando dopo essersi messo in mora, *deve* essere condannato a pagare i danni-inte-

* Il corrispondente art. 1100 è così concepito: « I danni e gl'interessi son dovuti solamente, quando il debitore sia in mora di eseguire la sua obbligazione. È in mora il debitore anche senza interpellazione, se la cosa che si è obbligato di dare o di fare, non possa essere data o fatta se non in un determinato tempo, che egli ha lasciato trascorrere ».

— Il debitore di un credito incerto ed illiquido non può essere obbligato al pagamento degl'interessi anteriori al titolo costitutivo del credito medesimo. C. S. di Napoli, 11 ap. 1845.

— La mora si verifica quando il debitore non adempie ad una obbligazione alla quale poteva adempire; e ciò non può avvenire che quando sia certo il debito, e sia certa la somma dovuta. C. S. di Napoli, 18 gen. 1848.

** Il corrispondente art. 1101 è in questi termini: « Il debitore è condannato, se occorre, al pagamento dei danni ed interessi, tanto se non adempia l'obbligazione, quanto se ne ritardi l'adempimento, ancorchè non siavi per sua parte intervenuta mala fede, purchè però egli non pruovi che la mancanza sia provenuta da una causa estranea non imputabile a lui.

*** Il corrispondente art. 1102 è così espresso: « Il debitore non è tenuto a verun danno ed interesse, quando per forza irresistibile o per caso fortuito fu impedito di dare o di fare quello a che si era obbligato ».

i se il creditore abbia sofferto un danno on fatto un guadagno. Ma non è co- tto a pagare provando che senza sua a e suo fatto si fosse contravvenutò al- bligo.

Bisogna che da parte sua non siavi nè a nè fatto nello inadempimento dell'ob- go, perchè si è visto nella quistione rischi, che se per il fatto del debito- non può farsi la esecuzione, non è egli no tenuto alla obbligazione; idea che nostro articolo 1147 (1101) riproduce chiarando doversi i danni-interessi dal bitore che pur non sia in mala fede, se non provi che l'inadempimento proven- a da una *causa estranea*.

517. Spetta al debitore, dice il nostro rticolo 1147 (1101), giustificare la causa stranea da cui proviene l'inadempimento, onforme alla regola secondo la quale il lebitore deve provare che sia liberato, ed l creditore che esista l'obbligazione (ar- icolo 1315 (1269)).

La causa estranea da cui può derivare 'inadempimento, è lo avvenimento della for- a maggiore. Qui si distinguono la forza naggiore e il caso fortuito, che spesso ltrove nel Codice, e di ordinario si con- ondono. Ma sì l'uno che l'altra sono avve- nimenti indipendenti dal volere del debito- e. Se poi si vuol distinguere, bisogna di- e che il caso fortuito proviene da forze non ntelligenti, come un colpo di fulmine, una nondazione, e la forza maggiore dal fatto li altri uomini, come un assalto di ladri. Ma non giova tal distinzione. Secondo il già detto spetta al debitore la prova del caso fortuito che egli allega (art. 1302 (1256)). Se io debitore provo un caso for- tuito, e il creditore pretende che per mia colpa mi sia avvenuto, tocca a lui provar la colpa che mi dovrebbe far perdere il beneficio della forza maggiore (art. 1808 (1654)).

518. Innanzi di venir ai seguenti arti- coli che stabiliscono come debba determi- narsi la somma dei danni-interessi, notia- mo qui una regola lasciata inavvertita nel- l'art. 1142 (1097), cioè che i danni-inte- ressi possono alle volte cumularsi con lo effettivo adempimento della obbligazione.

Infatti, se voi eseguite dopo un tempo più o men lungo, dopo avervi io messo in mora, il solo ritardo ha potuto recarmi un danno che voi dovete ristorare (articoli 1146, 1147 (1100, 1101)); se ho dovuto far distruggere per mezzo della pubblica forza i lavori che voi faceste contraffa- cendo alla obbligazione, io ho potuto an- che per un istante esser danneggiato da quei lavori, e voi potrete essermi debito- re di danni ed interessi, oltre le spese fatte per distruggerli (art. 1143 (1097)); similmente, se in vece vostra ho dovuto adempiere l'obbligazione vostra di dare o di fare, i differimenti e i danni cagio- nati dal vostro mal volere potranno darmi il dritto di domandare i danni-interessi, ol- tre le spese fatte.

1149 (1103). — I danni ed interessi ono in generale dovuti al creditore per a perdita sofferta, e pel guadagno di cui fu privato, salve le modificazioni ed ecce- zioni in appresso spiegate.*

519. Il presente e i seguenti articoli mirano a determinare a che si estendano danni-interessi, a stabilire come si deb- a misurare ciò che il debitore è tenuto a dare al creditore per lo inadempimento, o per la incompleta o tarda esecuzione della sua obbligazione.

Il principio con cui comincia il nostro articolo andava da sè, ed usciva dalla stes- sa espressione di *danni-interessi*, essendo la definizione di questi, come già vedem- mo. Il mio debitore sarà tenuto verso di

* — La liquidazione dei danni che alcuno ha sof- ferto è oggetto di fatto e non mai di dritto: *qua- tenus cujus intersit in facto non in jure consi- stet*; epperò le decisioni al riguardo non possono essere soggette a censura. C. S. di Napoli, 19 di- cembre 1826.

me: 1° alla perdita da me fatta, cioè il *damnum emergens*, il danno; 2° al guadagno che non ho fatto, *lucrum cessans*, il che forma *l'interesse*.

Ma per quanto sembri ragionevole e semplice cotesto principio, sorgono gravi difficoltà nello applicarsi. Giustiniano ci insegna che le incertezze e le discussioni su questa materia erano tanto *antiche*, quanto infinite, *cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sint* (Cod. L. 7, tit. 47).

Or vediamo le regole dal Codice tratte, tranne qualche modificazione, dalle *obbligazioni* di Pothier (n. 139-172) che le ebbe cavate dal trattato speciale di Dumoulin (*Tractatus de eo quod interest*).

520. Il Codice divide le obbligazioni in due specie, che hanno ognuna un sistema a se: la seconda comprende le obbligazioni di determinate somme (art. 1153-1155 (1107-1108)); la prima abbraccia tutte le altre (articolo 1150-1152 (110 1106)).

Per le obbligazioni che non si riferis no a somme di danaro, il sistema sp gato nei tre seguenti articoli, restring a coteste due regole:

1°. Il debitore non è mai tenuto a r parare le perdite, che sono una consegu za remota e indiretta dell' inadempimen della convenzione (art. 1151 (1105)), l quali perdite qui sono il manco di guad gno: il *lucrum cessans*, non che il *damnum emergens*.

2°. Il debitore se sia in dolo, è tenuto a tutte quelle perdite che direttamente e realmente derivano dall' inadempimento della convenzione (ibid.); se abbia commesso una semplice colpa, non è tenuto se non a quelle che si potevan ragionevolmente prevedere nel tempo del contratto (articolo 1150 (1104)).

§ 1. — *Dei danni e degli interessi dovuti nelle obbligazioni che non si riferiscono a determinate somme.*

1150 (1104). — Il creditore non è tenuto se non ai danni ed interessi che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l'inadempimento della obbligazione non derivi dal suo dolo.

521. I danni ed interessi dovuti da chi non può essere tassato di alcun dolo, sono naturalmente riguardati come il risultamento di una convenzione accessoria, tacitamente consentita tra lui e il creditore; ed egli è tenuto a riparare soltanto il danno che probabilmente le parti avean potuto prevedere secondo le circostanze e l'andamento naturale delle cose. Al contrario, la riparazione che deve fare il debitore reo di dolo, non può determinarsi secondo la tacita convenzione, non potendosi ragionevolmente supporre che un debitore osi fare, ovvero in ogni caso un creditore possa accettare, la seguente proposizione: « se mai non si esegua il nostro contratto per frode o mala fede, voi non pretenderete rigorosamente che io vi ristori tutto il danno che potrei avervi recato! ».

Allora non serve più l'indagare ciò che il debitore abbia potuto prevedere o consentire; il suo dolo lo fa necessariamente obbligato, *et relit, nolit*, secondo dice Dumoulin (n. 155), a riparare tutto il danno cagionato.

522. Il debitore cui non può imputarsi dolo, non deve ristorare che le perdite che si doveano prevedere nel tempo del contratto, cioè, il danno sofferto dal creditore affin di procurarsi lo equivalente della cosa promessa, che dai nostri antichi scrittori era chiamato, danni-interessi *propter ipsam rem non habitam*. Se il debitore debba o pur no i danni sofferti come conseguenza di non essersi avuta la cosa (che gli scrittori dicevano provenire d'altronde, che dalla stessa cosa, *extrinsecus*, e chiamavano danni estranei, od estrinseci) sarà deciso secondo le circostanze.

Se io vi ho dato in affitto per diciotto

i una casa di cui mi riteneva a torto prietario, e dalla quale voi siete stato cciato dopo dieci o dodici anni di imento, io dovrò necessariamente ri-arvi delle spese della sgomberatura, anche del danno che potrebbe derivare l'essersi nell'intervallo aumentati gli af-. Ma sarei pur tenuto al danno che po-ste soffrire nel vostro traffico perchè il giamento di casa può farvi perdere av-itori? Sì; se ho dovuto prevederlo al tem-del contratto, cioè, se conscio che la ia casa dovea servire al vostro traffico; ma se ne era ignaro, come ad esempio, se voi incominciaste a trafficare dopo entrato nella mia casa, io non sarei tenuto a nulla (Pothier, n. 161, 162).

523. In somma non è necessario distinguere i danni sofferti *propter rem ipsam* o *extrinsecus*; bastando il dire che il debitore sia tenuto a tutti quelli che egli ha dovuto prevedere, e che tocchi ai tribunali il decidere in fatto, se sia dovuto entrare o pur no nei prevedimenti quel danno che oggi si è avuto.

1151 (1105).—Nello stesso caso in cui nadempimento della convenzione provenа dal dolo del debitore i danni ed inte-essi relativi alla perdita sofferta, ed al-l'utile perduto dal creditore, non devono estendersi, se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della convenzione.

524. Allorquando il debitore per dolo mala fede non abbia adempito la obbliga-ione, è tenuto, come abbiam detto, a tutti danni che direttamente derivano dallo inaempimento, senza riguardare se egli raionevolmente abbia dovuto o potuto pre-ederli. Se il vostro dolo mi toglie di goere degli ultimi anni dello affitto da voi onsentitomi, voi siete tenuto a ristorarmi on solo delle spese della sgomberatura, e ell'aumento dell'affitto che potrei soffrire, a altresì del danno che soffrirei perdeno avventori nel mio commercio, quando nche fosse cominciato il mio traffico dopo ntrato nella vostra casa e al tempo del ontratto non avessi nemmeno pensato di traprenderlo, di modo che voi non avete potuto prevedere quel danno.

Ma il debitore anche doloso, è sempre enuto ai danni che sono una diretta e ecessaria conseguenza dello inadempiaento. Se per modo di esempio, avete peruto o rotto preziosi oggetti nella sgombeatura fatta per lo inadempimento dello afllo, io non dovrei ristorarvene, avvegnahè la sgomberatura non ne sia stata caua, ma solo occasione. Similmente, se vi o consegnato con iscienza un cavallo atccato di un male contagioso, il quale ella vostra stalla vi ha fatto morire tutti gli altri cavalli, e per la morte di essi voi non avete potuto coltivare le vostre terre; in questo caso, io sarei tenuto al prezzo di tutti i vostri cavalli, la di cui morte è stata unicamente cagionata da quello ammalato da me consegnatovi; ma non già al prezzo del ricolto che voi perdeste. Imperocchè cotal perdita non è venuta per il mio dolo; il quale non ne è stata sola la causa, ma una concausa: voi potevate comprare altri cavalli, o noleggiare quelli dei vostri vicini, o dare in affitto le vostre terre. — La causa vera di questo vostro danno è stata il manco di cura, la vostra mala amministrazione.

525. « Così non si devono, come diceva Pothier (n. 167), comprendere nei danni ed interessi a cui è tenuto un debitore per ragion del suo dolo, quelli che *non solo sono una remota conseguenza*, anzi non ne sono una conseguenza necessaria potendo avere altre cause ».

Certamente i compilatori vollero riprodurre cotesta idea dicendo non potersi pretendere dal debitore colpevole di dolo se non il danno che è conseguenza *immediata* e *diretta* dell'inadempimento.

In vero, è poco esatto il cumulo di questi due aggiunti; ma riferendosi alle due idee indicate da Pothier scorgesi chiara-

mente il pensiero. La parola *diretta* spiega e modifica la parola *immediata*. Per esser dovuto il danno, non fa d'uopo che sia nato *immediatamente* dall' inadempimento ; bastando che ne derivi direttamente, e non venga da altre circostanze combinate insieme col dolo del debitore, e che il dolo ne sia l'unica e vera ca[illegible] Per conseguenza *immediata* e *di*[illegible] intendesi al postutto dal nostro art[illegible] quella che è tanto *immediata* da esser[illegible] re *diretta*, cioè così poco lontana da [illegible] ingerirvisi altre cause estranee al dolo [illegible] debitore.

1152 (1106).—Quando la convenzione stabilisca che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo dei danni ed interessi, [illegible] può attribuirsi all' altra parte una som[illegible] maggiore o minore.*

526. Il Codice non segue qui i principi di Pothier, il quale insegnava (n. 345) secondo Dumoulin (n. 166), che i danni-interessi stabiliti prima con una espressa convenzione, ove fossero eccessivi, potrebbero essere ridotti dal giudice. Il Codice adottando qui la contraria sentenza di Azone, vuole che il giudice faccia eseguire puramente e semplicemente il contratto senza potere accrescere o sminuire la somma convenuta. Infatti, siccome tal convenzione mira appunto a toglier di mezzo le difficoltà che spesso insorgono nella convenzione dei danni-interessi, ed allontanare qualunque esame di fatti, così era contraddittorio il permettere ai tribunali che rientrassero in questo esame per conoscere se la somma stabilita fosse o nò eccessiva.

Con più ragione si deve oggi rigettare quell' altra regola ammessa da Pothier e Dumoulin (ibid.) secondo la costituzione [illegible] Giustiniano (Cod. lib. 7, tit. 47), che [il] giudice non può mai accordare danni-in[illegible]teressi eccedenti il doppio del valore della cosa che formava l' oggetto del contratto primitivo. Se il danno recatomi che dovete riparare secondo le sopraddette regole ammonta per tre volte al valore dell'oggetto del nostro contratto, non dovrò io [illegible] essere ristorato?

527. La convenzione accessoria di cui parla il nostro articolo, e per *cui le parti* han determinato anticipatamente *i danni-interessi* che saran dovuti al *creditore*, o per il completo inadempimento o per il semplice ritardo (articolo 1447 (T)) chiamasi clausola penale, ed è l'oggetto di una intera sezione che noi dovremo studiare (articolo 1226, 1233 (1179, 1186)).

§ 2. *Dei danni-interessi e della messa in mora nelle obbligazioni di determinate somme.*

1153 (1107 M) Nelle obbligazioni, che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni e gli interessi risultanti dal ritardo di eseguirle, non consistono giammai se non nella condanna a pagare gl'interessi fissati dalla legge, eccettuate le regole particolari al commercio, ed alla malleveria — Questi danni ed interessi son dovuti senza che il creditore debba giustificare alcuna perdita. — Non son dovuti se non dal giorno della domanda, eccettuati i casi, nei quali *la legge* dichiara che debbono *ipso jure decorrere.***

* — Stipulata una multa per indennizzo di danni-interessi, non si può domandare l'una e gli altri. C. S. di Napoli, 7 sett. 1830.

** Nel corrispondente art. 1107 anzichè *interessi fissati dalla legge*, dicesi *interessi correnti al tempo della mora.*

Massime della C. S. di Napoli.

— Nelle materie civili i giudici non possono ec-

la quale dichiara che i danni-interessi non potranno consistere se non negli interessi stabiliti dalla legge. L'interesse legale al tempo che si pubblicava il Codice (secondo la legge degli 11 aprile 1793) ed anche oggi (secondo la legge del 3 settembre 1807) è il cinque per cento nelle cose civili, e il sei nelle cose commerciali.

Dunque, secondo il nostro secondo paragrafo il debitore essendo in mora, senza riguardare se il creditore abbia sofferto un grave pregiudizio, ovvero nissuno, sarà sempre tenuto ai danni-interessi, cioè all' interesse del 5, o 6 per cento della somma dovuta.

Ma v'è un eccezione. In materia commerciale, il portatore di una lettera di cambio che venuto il giorno non è pagato, può ottenere per salvarsi dal pregiudizio che gli viene dal negato pagamento, e perciò a titolo di danni ed interessi, non solo l'interesse legale della somma, ma altresì il ricambio, cioè quel tanto pagato al banchiere per avere immediatamente il danaro (Cod. com. art. 177 (176); Pothier numero 171). In materia civile, il fidejussore che paga invece del debitore principale, può pretendere i danni-interessi oltre l'interesse legale della somma pagata (articolo 2028 (1900)). Alle due eccezioni del nostro articolo, una terza ne ha fatto l'art. 1846 (1718) per la società.

II.—530. Quando si pubblicò il Codice, la regola con cui il nostro articolo stabilisce invariabilmente i danni-interessi allo interesse legale della somma dovuta, non si applicava se non quando una speciale convenzione delle parti non avesse altramente stabilito. Le parti potevano con una clausola penale stabilire danni-interessi più o meno considerevoli dell'interesse legale del danaro; e il giudice secondo l'art. 1152 (1107) non avrebbe potuto sminuire, nè accrescere la somma convenuta. Ma oggi non è più così. La legge del 3 settembre 1807. non ha stabilito soltanto, come quella degli 11 aprile 1793, l'interesse legale del danaro, ma ha pur dichiarato che l'interesse convenzionale [non] potrebbe mai eccedere il legale. L'art. 1152 (1106) quindi non può applic[arsi] alle obbligazioni che sono ristrette ad [una] somma determinata; e sarebbe nulla co[me] usuraja qualunque convenzione di pag[are] a titolo di danni ed interessi per il rit[ar]do dello adempimento, una somma m[ag]giore di quella risultante dall'interesse [del] 5, o 6 per cento.

E non ostante la contraria sentenza [di] Duranton (X-488), noi crediamo che la regola dovrebbe anche applicarsi qua[ndo] la stipulazione di una somma eccedente l'ammontare dello interesse legale, fosse fatta per prevedersi un danno specialmente determinato. Imperocchè sarebbero sempre dovuti danni-interessi per il ritardato pagamento di una determinata somma: e se per tal caso preveduto si potessero accrescere i danni interessi, si potrebbe quindi permettere anche nel medesimo caso, che si stipuli per un prestito o per qualunque altro contratto, un interesse maggiore del cinque o sei per cento, dimodochè sarebbe facilissimo il contraffare anche apertamente alla legge positiva del 1807. — Dippiù dice Pothier (n. 316) senza restrizione od eccezione alcuna, che « le pene stipulate in simil caso debbono ridursi alla tassa legittima degli interessi di cui fanno vece ».

III. — 531. I danni-interessi che nella nostra materia son sempre interessi del danaro, son dovuti come gli altri dal giorno in cui il debitore è stato messo in mora; a ciò bastando, come nell'art. 1139 (1093), una semplice citazione; insufficiente è lo stesso precetto (1), ma indispensabile la domanda giudiziaria.

Diciamo una *domanda giudiziaria*, avvegnachè non bisognerebbe credere che il nostro articolo intenda parlare di una semplice richiesta di pagamento: vuolsi una domanda giudiziaria, una citazione introduttiva d'istanza, come da tutti si fa, e chiaro sorge dal seguente articolo. Pure il Codice di procedura (art. 48 (T) e seg.

(1) Rig., 16 nov. 1826; Riom, 17 maggio 1830 (Devill., 8, 1, 455; 32, 2, 463).

non permette al creditore di intro-re la sua azione in giudizio, prima abbia tentato una conciliazione col suo itore innanzi il giudice di pace, con-iva che corressero gl'interessi dal giorno la citazione in conciliazione, come ha o l'art. 57 (T) dello stesso Codice pur-: la citazione sia seguita dalla domanda diziaria dentro il mese, dal giorno della n comparsa del debitore, o della non guita conciliazione.

532. Il nostro terzo paragrafo, non molto plicito, indica la *domanda della somma ovuta*, ovvero quella *degli interessi* me-esimi? Basta la domanda del capitale, se-ondo si avvisano alcuni giureconsulti. Si uò dire che deve mettersi in mora il debi-ore, e se la mora di ordinario risulta dalla emplice intimazione di eseguire la obbliga-ione (che è per se un favore fatto al de-itore), deve qui almeno risultare dall'azione giudiziaria.—Per quanto possa parere na-urale codesta idea, crediamo che i compilato-i non l'abbiano avuta in mente. Mancandoci notizie nei lavori preparatori del Codice, muti affatto su ciò, ne troviamo la prova nell'articolo seguente, il quale dice che gli interessi possono produrre interessi, o con una domanda, o con una convenzione spe-ciale: la legge, pareggiando la domanda alla convenzione speciale per gl'interessi, intende parlare d'una domanda che si rap-porta agli stessi interessi. Altra prova ne porge l'articolo 1207 (1160) dicendo che *la domanda d'interessi* contro uno dei de-bitori solidali, fa correre gli interessi con-tro tutti. È dunque la domanda degl' in-teressi, come concordemente decidono gli scrittori (1).*

533. Il principio che fa correre gl'in-teressi moratori dal giorno della domanda o della citazione in conciliazione seguita dalla domanda, vien derogato, secondo le ultime parole del nostro articolo, in certi casi nei quali la legge li fa decorrere ap-pena spiri il termine.

(V. articoli 1440, 1473, 1570, 1652, 1846. ec. (T, T, 1383, 1498, 1218, ec.)).

1154 (T) — Gl'interessi scaduti dei ca-pitali possono produrre interessi, o in for-za di una dimanda giudiziale, o in vigore di una convenzione speciale, purchè tanto nella dimanda quanto nella convenzione si tratti d'interessi dovuti almeno per un an-no intero.

SOMMARIO

I. L'anatocismo, o interesse d'interessi, è stato sempre vietato, ed è ancora per gl'interes-si futuri. Per gl'interessi scaduti era e-gualmente vietato dopo Giustiniano, ma fu permesso dal nostro articolo per gl'in-teressi dovuti per un anno.

II. Secondo la interpretazione fino ad ora se-guita il nostro articolo si applicherebbe alla convenzione relativa agli interessi futuri; restando permessa assolutamente, e senza alcuna condizione quella per gli interessi decorsi.

III. Confutazione di questo sistema.

IV. Non è illegale lo stipulare gl'interessi al 5 o 6 per 100 da pagarsi a semestre o a trimestre.

I—534. Lo interesse degli interessi, detto *anatocismo* (*da ana*, di nuovo, e *to-cos* prodotto) non è stato mai assolutamente permesso. L'antico dritto romano lo am-metteva soltanto per gl'interessi *corsi*, non potendosi anticipatamente stipulare interessi *futuri* (Digest., lib. 12, tit. 6, 26, § 1). Il dritto Giustinianeo lo proibì del tutto, tanto per gli interessi corsi, che per quelli a correre, *nullo modo licere usuras pre-*

(1) Toullier (VI, 272); Merlin (*Rép.*, alla parola *Interessi*); Duranton (X, 503); Zachariae (II, pa-gina 217).

* Leggasi una decisione della Corte Suprema di Napoli del 26 luglio 1836 (camere riunite) riferita da Annibale Giordano sotto la spiegazione dell'ar-ticolo 1007.

praeteriti temporis vel futuri (Cod., L. 6, tit. 34, 28). Questo assoluto divieto fu mantenuto nel nostro antico dritto francese, e sebbene il dritto intermedio (leg. degli 11 aprile 1793) dichiarando il denaro una merce, permettesse il prestito ad interessi allora vietato, pure la giurisprudenza ritenne sempre illegale l'anatocismo di cui non vi si era fatto parola (Rigetto, 8 frimaio anno XII). Il Codice si è avvicinato all'antico dritto romano.

Il nostro articolo, come il dritto del digesto, non permette che producano interessi se non gl'interessi *corsi*, purchè sieno dovuti almeno per una annata; il che non era richiesto dal dritto romano. Avendovi prestato 40,000 franchi al 5 per 100, io posso a capo d'un anno, o con una convenzione espressa, ovvero con una domanda giudiziaria far correre gl'interessi dei 2,200 franchi dovutimi per l'annata del godimento dei 40,000; essendo interessi *corsi* e dovuti per una *intera annata*. Ma se secondo un uso quasi universale (non illegale, checchè ne abbian detto alcuni giureconsulti) i vostri interessi sono pagabili a semestre, io non potrei con dimanda giudiziaria o con convenzione, far produrre interessi ai mille franchi che mi dovete per il godimento di sei mesi, avvegnachè essendo *corsi* non sono più dovuti per *una annata*; vi sarebbe la prima, non la seconda condizione. — Viceversa, prestandovi 40,000 franchi, non potrei stipulare anticipatamente che al finire di ciascun anno, ritenendo gl'interessi dovuti, li unirete al capitale e mi pagherete gl'interessi l'anno seguente, mettendo così a capitale di anno in anno tutti gl' interessi del precedente. Sarebbero interessi di un' annata intera, ma non già *corsi* al tempo della convenzione; mancherebbe la prima condizione del nostro articolo, per cui non possono stabilirsi interessi *futuri temporis*.

II. — 535. Cotesta interpetrazione sembra così esatta da non potersi impugnare in faccia al testo della legge, e ai pr[ece]denti storici del Codice, e pure è co[ntra]ria a quella adottata sinora dagli scritt[ori] e a cui pare voglia accostarsi la giuris[pru]denza (1).

Ecco ciò che si può dire per il si[ste]ma contrario, che sembra a primo asp[etto] razionale, ma che non potrebbe reggere [alla] critica.

« Quando gl'interessi d'un capitale s[ono] attualmente corsi, formano realmente [un] capitale più piccolo, capace come qual[unque] altro, di produrre pure interessi. In[pe]rocchè alla fine quando voi mi dove[te] 1,000 franchi per l'interesse d'una som[ma] prestatavi, i 1,000 fr. che da voi rice[vo] posso impiegarli immediatamente o con [...] o con questo o quell'altro. Non v'è [bisogno] pertanto d'un testo speciale, perchè [per]metta di far produrre per convenzione [in]teressi agl'interessi corsi: tal facoltà [esiste] naturalmente dai principî generali. Dunque il nostro articolo permettendo con una speciale regola la convenzione d'interessi degli interessi, intende parlare d'interessi che dovranno correre al tempo della convenzione e che si dovranno appresso. L'articolo quindi deve intendersi così:

« Gl'interessi corsi possono produrre interessi, o con una domanda giudiziaria o con una convenzione speciale *fatta anticipatamente*, purchè sieno dovuti almeno per una intera annata ».

Così in questo sistema, gli interessi attualmente corsi, sebbene dovuti per un godimento di meno d' un anno, potrebbero produrne altri per effetto di una convenzione posteriore al termine posto; questo caso resterebbe governato dal dritto comune. Per gl'interessi a correre, e che formano l'oggetto d'una convenzione anteriore alla loro scadenza, era necessaria la regola speciale del nostro articolo.

III. — 536. Per quanto possa parere plausibile siffatta spiegazione, ella è inesatta.

Primieramente, è per fermo di arbitrio il far dire alla legge che non ne fa motto, che

(1) Delvincourt, Toullier (VI, 271); Duranton (X, 499 e 509); Zachariae (II, p. 325); Paillet (*Enciclopedia del dritto*, alla parola *Anatoc.*); Rig., 11 dic. 1844 (Devill., 45, 1, 97).

accenni a convenzioni anteriori al termine posto; la quale asserzione gratuita e inatoria è già contraddetta dal testo del ...tro, e del seguente articolo, i quali pareggiando la convenzione alla *domanda giudiziale*, indicano che si tratta d'una convenzione intorno agli interessi che si potrebbero giudiziaramente domandare, e perciò intorno ad interessi già corsi.

La storia del dritto su questa materia fa abbastanza conoscere la mente del legislatore. Se il nostro antico dritto francese non avesse vietato la convenzione di anatocismo per gl'interessi attualmente corsi, se la convenzione si fosse riguardata come cosa che andava da sè, e dovea governarsi col dritto comune, allora senza dubbio i compilatori non avrebbero pensato a permetterla, e sarebbe stato naturale il dire che la facoltà da essi accordata si applicasse alle convenzioni anteriori al termine posto, e che riguardavano interessi futuri. Ma quando si sa che per *milletrecento anni* la legislazione di Giustiniano, e la nostra vecchia giurisprudenza, e il dritto stesso intermedio aveano severamente vietato l'anatocismo tanto per gl'interessi corsi che per quelli a correre, *nullo modo vel præteriti temporis vel futuri*; non può immaginarsi che i nostri compilatori abbiano creduto andasse da sè, come dice Duranton, la convenzione *de usuris præteriti temporis*; al contrario facea d'uopo della espressa regola del nostro articolo, perchè divenisse possibile per lo innanzi una convenzione *proibita per milletrecento anni*.

Nè può far maraviglia che dal Codice non si ammetta l'anatocismo per convenzione anteriore al termine posto e per gli interessi futuri, perchè non fu ammesso in *nessun tempo*; lo stesso antico dritto romano permetteva *usuras usurarum*, ma non *usurarum futurarum*.

Questa regola è notevole tanto per la sua saggezza, che per la sua antichità; avvegnachè la convenzione preventiva e generale dello interesse degli interessi futuri è il miglior modo che possa immaginarsi per trarre in ruina i debitori. Quando gli interessi non possono altri produrne che con dimande giudiziarie, e con convenzioni rinnovate di anno in anno come vuole il nostro articolo, il debitore è avvertito della sua condizione ogni volta che gli si rende più grave, mentre che legandosi anticipatamente per quanto dura il prestito, con una convenzione, egli ciecamente confida, e non scorge il precipizio se non quando è profondo.

La specie giudicata dalla decisione del 1844 ce ne porge un vivo esempio, dappoichè un debito primitivo di 30,000 franchi ammontò, al termine posto, alla ingente somma di 92,000 franchi!

Il seguente articolo è prova che il nostro non ha voluto parlare che di convenzioni posteriori al termine posto, dicendo che per eccezione alla nostra regola le somme di cui parla, potranno produrre interessi sempre ed assolutamente dal giorno della domanda o della *convenzione*. La legge pertanto intende che lo interesse degli interessi, secondo che saran dovuti o nò per una annata almeno, correrà o nò dal giorno della domanda o della *convenzione*. Ma il Codice intendendola così, non vuol quindi parlare d'una convenzione anteriore al termine posto degli interessi; avvegnachè se si trattasse d'una convenzione fatta prima, e innanzi che gl'interessi fossero esigibili, questi non potrebbero correre o non correre dal giorno della convenzione, ma dal giorno del termine posto. Se dunque il legislatore avesse nel nostro articolo voluto pensare come si vuole, non avrebbe scritto come ha fatto l'eccezione del seguente.

Il nostro articolo offre un altro argomento che basterebbe per sè solo a confutare il sistema finora seguito. Il testo, come abbiamo notato, pareggia la domanda giudiziaria alla convenzione, dandole la medesima forza. Ciò è di ragione, avvegnachè quando il mio debitore si nega di pagarmi gli interessi dovutimi, e di consentire che essi producano interessi, io non posso soggiacere al suo mal volere, e debbo ottenere giudiziariamente ciò che una convenzione mi avrebbe fatto ot-

tenere. Or la domanda giudiziaria che non può farsi se non per gli interessi già corsi, non può far sì che producano interessi se non son dovuti per una annata: ciò è formale nel nostro articolo, il quale è stato falsamente interpetrato per il caso della convenzione. Pertanto non potrà la convenzione far pure produrre interessi ad interessi corsi se non quando fossero dovuti egualmente per una annata. Or se è nulla la convenzione riferentesi ad interessi corsi che son dovuti per meno di un anno, con più ragione nulla dev'esser quella che si riferisce ad interessi da correre.

Da ultimo, il concetto della legge vien provato dalla discussione del consiglio di Stato. Non altro mai si trattò che se gl'interessi già esigibili e liquidi nel giorno della convenzione potessero partorire altri interessi.—Pelet vuol sapere se si potranno « unire al primo capitale gl' *interessi liquidi* per far del tutto un solo e medesimo capitale ». — Cambacères vuole non potersi fare con una domanda giudiziaria, ma con una convenzione; « Se, egli dice, il creditore con una *nuova* convenzione aggiungendo al primo capitale gli interessi *corsi* stipulasse altri interessi, che diverrebbero il prezzo del *nuovo credito*, la convenzione sarebbe valida ». — Maleville ricorda, che secondo il dritto preesistente non potevansi riunire al capitale gl' interessi corsi, nè con una sentenza, nè con una convenzione, e vuol che si mantenga l'antico principio.—Regnault al contrario chiede « che tutti gli interessi fatti liquidi o di buon grado o giudiziariamente possano partorire interessi ». Fatte altre obbiezioni a cui Regnault risponde, Bigot osserva « che bisognerebbe almeno provvedere che non potesse esser chiesto o convenuto l'interesse degli interessi quando questi non si dovessero almeno per uno intero anno » — Dopo [...] tra obbiezione di Tronchet, Cambacères, [...] cuèe e Treilhard adottano il sistema di [Re]gnault e Bigot, e la sezione legislativa c[om]pilò e fece adottare l' articolo quale o[g]gi leggesi nel Codice (Fenet, tom. XIII, pa[gi]na 61, 66). È pertanto non controver[so] che il nostro articolo significa, siccome [appari]sce dai suoi termini, che quando gl'inte[re]ressi sono già corsi e liquidi, e dovuti a[l]meno per un anno, possono produrre in[te]teressi, o mercè una domanda giudiziaria o mercè una novella convenzione ».

Adunque il contesto del nostro articolo e il suo intimo pensiero e i precedenti del Codice per 1300 anni, e le positive spiegazioni degli stessi compilatori, tutto prova che sia esatta la nostra interpetrazione (1).

IV. — 537. La legge, come di sopra abbiam detto, non vieta che si stipulino interessi al 5 o 6 per 100, pagabili a semestre e a trimestre. Il contrario vien sostenuto da alcuni giureconsulti i quali fan notare che il pagamento così diviso accresce alquanto gl'interessi facendo perdere al debitore per tutto il secondo semestre il godimento di ciò che ha pagato alla fine del primo; l'interesse stipulato allora al 5, al 6, eccede alquanto la tassa legale del 5 o 6.

Ciò è verissimo, ma non se ne deve inferire che la stipulazione ecceda per ciò i limiti legali. Il legislatore del 1807 conosceva benissimo che generalmente si costumava di dividere il pagamento degli interessi per trimestri o semestri, e così ha sempre pagato lo stesso stato. La legge che permette gl'interessi al 5, al 6, ha certamente inteso 5 o 6, pagabili per anno, o per intervallo di tre o sei mesi.

1155 (1108).—Ciò nondimeno le rendite scadute, come i fitti, le pigioni, e i proventi arretrati delle rendite perpetue, o vitalizie, producono interessi dal giorno della dimanda o della convenzione.

La stessa regola si osserva per le restituzioni dei frutti ed interessi pagati da un terzo al creditore a scarico del debitore.

(1) Confor. Nimes, 9 febbraro 1827; Poujol (numero 7).

538. Le rendite periodiche di cui par- i nel primo paragrafo di questo articolo, ı sono più interessi di capitale nè van 'ernate dalla regola del precedente ar- olo sull'anatocismo. I prodotti d'una ren- ı perpetua o vitalizia possono cumularsi ıza che il debitore potesse andare incon- al pericolo che presenterebbe il cumulo gl' interessi congiunti al capitale, dappoi- è il debitore non dovrà mai pagarne il pitale tranne che nol voglia. Era pertanto ıturale che le annate delle rendite non pareggiassero cogli interessi d'un capi- ıle esigibile. Le rendite dei poderi, delle ose o altri beni dati in affitto, non sono prodotto di una somma di denaro, nè ı regola può ad esse applicarsi. Queste arie somme adunque si reggono col dritto omune, nè è vietato che producano inte- esse o con una domanda o con nuova onvenzione, tostochè son dovute (anche per poco tempo) ovvero con convenzione anteriore al termine posto.

Allorchè il possessore d'un immobile ri- vendicato dal proprietario è condannato a restituirvene i frutti, cioè una somma che ne rappresenti il valore, tal somma che non costituisce l'interesse del capitale, po- trà produrre interessi.

Finalmente una somma che io doveva per interessi, al mio creditore, e che fu pagata dal terzo, costituendo semplici in- teressi tra me ed il mio creditore, è cer- tamente per me ed il terzo un capitale, e potrà produrre interessi in vantaggio di lui senza riguardare se io fossi debitore di quella somma per più o meno di un anno.

539. *Poniamo qui la indicazione dei numeri ove si trovano gli articoli di cui abbiamo dovuto sconvolgere l' ordine in questo capitolo.*

	numeri		numeri
1134-1135 (1088-1089)..............	463	1139 (1093)............................	510
1136 (1090)............................	477	1140-1141 (1094-1095)..............	487
1137 (1091)............................	505	1142 a 1155 (1096 a 1108).........	511
1138 (1ª parte) (1092)................	480	1156 a 1164 (1109 a 1117).........	468
1138 (2ª parte) (1092)................	508	1165 a 1167 (1118 a 1120).........	491

CAPITOLO QUARTO

DELLE DIVERSE SPECIE DI OBBLIGAZIONI

540. Questo capitolo, troppo vago nella sua rubrica non dicendo sotto qual rapporto vi sieno divise le obbligazioni, tratta sol- tanto delle diverse condizioni *cui possono andar soggette*. Così, sebbene le obbliga- zioni (per tacere che si dividono in con- venzionali o non convenzionali) presentino specie distinte secondo che son naturali o civili (art. 1235 (1188), privilegiate o or- dinarie (art. 2093 (1963)), di dare o di fare, principali o accessorie, esclusiva- mente personali, o trasmessibili agli aventi- causa, ec., pure non si trattano qui queste idee. I nostri compilatori tuttochè riprodu- cano la rubrica larga e comprensiva di Po- thier che faceva rientrare nel suo disegno tutte le divisioni delle obbligazioni (2ª parte, num. 173) dividono qui le obbligazioni in varie specie sotto un aspetto molto più ri- stretto. Dai titoli delle sezioni ben si scorge come essi si occupino successivamente 1° Delle obbligazioni condizionali; — 2° Delle obbligazioni a termine; — 3° Delle obbliga- zioni alternative; — 4° Delle obbligazioni soli- dali; — 5° Delle obbligazioni divisibili e in- divisibili; — 6° Delle obbligazioni con clau- sola penale.

Oltre tutto ciò noi spiegheremo alla fine della sezione IV, che tratta delle obbliga- zioni alternative, le obbligazioni facultative che hanno una tal quale rassomiglianza con le prime, ma che non bisogna confon- dere con esse; parleremo delle obbliga- zioni naturali sotto l'art. 1235 (1188).

SEZIONE PRIMA

DELLE OBBLIGAZIONI CONDIZIONALI

340 *bis*. L'obbligazione *condizionale* ha per suo correlativo la obbligazione *pura e semplice*, la quale ultima espressione offre secondo i casi due diversi sensi : se presa largamente, significa qualunque obbligazione non condizionale, compresa quella a termine , spesso anche indica soltanto quella che non ha nè termine, nè condizione. Di che segue che l'obbligazione a termine che spesso si oppone alla obbligazione pura e semplice , chiamasi pura e semplice riguardo alla obbligazione condizionale.

§ 1. — *Della condizione in generale e delle sue specie.*

541. La legge c'indica successivamente in questo paragrafo:

1° L'indole e le diverse specie della condizione (art. **1168-1174** (**1121-1127**)).

2° Le regole intorno al compiersi della condizione (art. **1175-1178** (**1128-1131**)).

3° Gli effetti della condizione prima e dopo che si compia (art. **1179-1180** (**1132-1133**)).

1. Che cosa sia la condizione : delle sue diverse specie.

1168 (1121). — L'obbligazione è condizionale quando si fa dipendere da un avvenimento futuro ed incerto, o tenendola in sospeso finchè l'avvenimento accada, o risolvendola in caso che l'evento succeda o non succeda.*

SOMMARIO

I. Che cosa sia la condizione. — È sempre sospensiva; dicesi risolutiva quella condizione che sospende la risoluzione del dritto, anzichè sospendere lo stesso dritto.

II. Osservazioni.

I. — **542.** Dicesi condizione un avvenimento futuro ed incerto da cui dipenda la esistenza di un dritto (vedi la spiegazione dell'art. **1181** (**1134**)).

Giusta il nostro articolo l'avvenimento futuro ed incerto può costituire due sorta di condizioni secondo che sospende un dritto che finora non esiste, o può risolvere un dritto già esistente. Nel primo caso, quando per esempio ho detto « io vi vendo la mia casa per 25,000 franchi , se il tal naviglio ritorni dall'Indie » si dice esservi *condizione sospensiva*, e di questa specialmente si occuperà il secondo paragrafo (articolo **1181**, **1182** (*1134*, *1135*)). Nel secondo caso, se ho detto: « vi vendo la mia casa per 25,000 franchi , ma la rendita sarà come non fatta se il tal naviglio torni

* D. 20 agosto 1810. Sul dubbio di legge proposto dalla Corte suprema di giustizia in Palermo nella causa Bucelli e Sterio: « se il patto apposto in un contratto di mutuo senza interesse, che gli interessi siano dovuti quando non si paghino le rate del capitale fra i tempi determinati, costituisca una obbligazione con clausola penale o una obbligazione condizionale ». Visti gli art. 1121, 1179 e 1777 leggi civili. Considerando che le clausole penali non sospendano e risolvano le obbligazioni come avviene per le condizioni:—Che ogni convenzione la quale si rivochi sotto una condizione sia essenzialmente condizionale:—Che i mutui con interesse sieno una specie di prestito permesso letteralmente dalla legge.

1° Dichiariamo essere *male applicata* nella specie la regola della obbligazione con clausola penale.

dall'Indie » evvi *condizione risolutiva*, e questa forma l'oggetto del 3° paragrafo (articolo 1181, 1184 (1134, 1137)).

Il dividere la condizione in sospensiva e risolutiva è cosa di convenzione, maniera di dire che noi seguiremo perchè oggi generale, sebbene non esatta: non vi ha nè può esservi che la sola condizione sospensiva. — Che cosa è infatti una cosa soggetta a condizione? quella che forse esiste e non esiste, la cui esistenza è attualmente dubbia ed incerta, è in sospeso. Quando io dico: « io vi vendo se...» « voi siete proprietario se...» « io sono vostro creditore se...» non si può dire per ora che la vendita, la proprietà, o il credito esistano; e nemmeno che non esistano; l'esistenza della cosa è incerta, è realmente sottoposta ad una condizione sospensiva. Al contrario, il dritto che esiste oggi e che può soltanto risolversi, non è nè può essere condizionale, avvegnachè fa d'uopo che esista in atto per potersi risolvere, ed esistendo attualmente non è dunque soggetto a condizione. Gli è vero che nelle formole « io vi vendo, ma la vendita si risolverà se... » « voi siete proprietario, ma la vostra proprietà verrà meno se... » « sono vostro creditore, ma il mio credito sarà come non avvenuto se... » evvi realmente una condizione; ma anzichè riferirsi al dritto, riferiscesi alla *risoluzione* di esso, cotalchè il dritto è puro e semplice, e condizionale la sua risoluzione. E si noti che la condizione, riferentesi qui alla risoluzione del dritto puro e semplice, è sempre sospensiva, come la condizione che si riferisce più sopra allo stesso dritto.

Ciò è palpabile, e materialmente si dimostra per così dire guardando la formola, avvegnachè essa contenga qui due proposizioni, delle quali soltanto quella che stabilisce la risoluzione porge il SE indicante la condizione, dove ne va senza la prima che ferma il dritto: 1° « voi siete proprietario », ecco una proposizione pura e semplice, che stabilisce un dritto puro e semplice; 2° la vostra proprietà si risolverà se... »; ecco la risoluzione condizionale cui va soggetto il dritto puro e semplice.

Pertanto non vi ha nè può esservi che la sola condizione sospensiva, la quale sospenda e renda incerta la esistenza di ciò a cui si applica; se non che essa può applicarsi o al dritto stesso, o semplicemente alla risoluzione di esso. Così per quel che riguarda la nostra materia, l'obbligazione veramente condizionale è quella soggetta ad una condizione sospensiva; quella che dicesi soggetta a condizione risolutiva, è una obbligazione pura e semplice, soggetta ad una risoluzione condizionale. Ciò aveano benissimo manifestato i giureconsulti romani; *obligatio pura quae sub conditione resolvitur;* e Pothier senza far notare la inesattezza delle parole *condizione risolutiva*, avea detto almeno essere perfetta sin dal momento del contratto la obbligazione soggetta ad una condizione risolutiva, potere il creditore domandarne il pagamento (n. 224); ed egli avea soltanto chiamato *obbligazioni condizionali* quelle soggette ad una condizione sospensiva, e le altre *obbligazioni risolubili* (si paragoni la rubrica del suo articolo 2°).

II. — 543. Del resto, se importa conoscere a dentro coteste idee, non monta se si esprimano in questo o in quel modo; potendosi senza inconveniente parlare, come si usa, di condizione sospensiva e di condizione risolutiva. Oggi si comprende esser cosa naturale che si facesse così. Invero, qualunque condizione ha uno effetto retroattivo (articolo 1179 (1132)), e la risoluzione condizionale compiendosi fa che l'obbligazione non sia mai esistita; quindi la condizione che si riferisce alla risoluzione del dritto riportasi anche mediatamente ma necessariamente allo stesso dritto. Serviamoci dunque del linguaggio comune senza censurarlo, ma ricordiamoci che l'obbligazione soggetta a condizione sospensiva dipende direttamente dalla condizione, mentre l'obbligazione soggetta a condizione risolutiva è quella che esiste da oggi, e può soltanto condizionatamente risolversi.

Del resto, sebbene nol dica il nostro articolo, il non avverarsi o l'avverarsi del-

l'avvenimento può esser obbietto della condizione tanto se sia sospensiva che se risolutiva; se io posso sottoporre la risoluzione di una vendita alla condizione che quel naviglio tornerà dall' Indie , ovvero che non tornerà (come lo articolo dice alla fine); io posso far che la vendita resti soggetta all' una o all' altra di quelle condizioni, quantunque lo articolo nel suo mezzo parla solo della prima. Pertanto la condizione può essere *positiva* o *negativa*, tanto se si riferisca al dritto stesso , quanto se si rapporti alla risoluzione di esso.

544. Importa da ultimo osservare che nel trasferire i dritti reali la condizione da cui si fa dipendere la esistenza del dritto per una delle parti, importa sempre, per l' indole stessa delle cose , la condizione contraria per l'altra parte; di modo che se l' acquirente ottenga il dritto soggetto a condizione sospensiva, colui che aliena lo conserva soggetto a condizione risolutiva, e viceversa. Così dicendo ; « Vi vendo la mia casa per 25,000 franchi se torni quel naviglio » voi non avete immediatamente il dritto di proprietà, ma il germe , voi siete proprietario soggetto alla condizione sospensiva che ritorni il naviglio; e quindi io rimanendo al presente proprietario , vo soggetto alla condizione risolutiva dello stesso avvenimento. In vero, il ritorno del naviglio dandovi la proprietà con effetto retroattivo risolverà similmente la mia. Se ho detto « vi vendo la mia casa, ma la vendita si risolverà se torni il naviglio » voi siete immediatamente proprietario, ma soggetto a quella condizione risolutiva; e quindi io cesso d'esser proprietario e posso solo ridivenirlo, se mi proprietario soggetto a condizione sospensiva. In fatti il ritorno del naviglio dovrebbe risolvere la vostra proprietà, rinascerebbe la mia.— Dunque nel trasferirsi il dritto da uno ad altri, la condizione da cui esso dipende per l' uno, fa sempre dipendere il dritto per l' altro dalla contraria condizione.

1169 (1122). — La condizione casuale è quella che dipende dal caso, e che non è in potere nè del creditore nè del debitore.

1170 (1123). — La condizione potestativa è quella che fa dipendere l'esecuzione della convenzione da un avvenimento che è in facoltà dell'una o *dell'altra parte* contraente di far succed*ere o d'impedire.*

1171 (1124). — La condizione mista è quella che dipende nel tempo stesso dalla volontà di una delle parti contraenti, e dalla volontà di un terzo.

545. Il Codice avendo diviso implicitamente nell'art. 1168 (1121) le condizioni in sospensive e risolutive , in positive e negative, le divide, espressamente ma con poco interesse, in cotesti tre articoli in *casuali*, *potestative* e *miste*.

Nel sistema del Codice la condizione è casuale 1° quando l' avvenimento non dipenda affatto dalla volontà di una delle parti , o dipenda del tutto dal caso (ad esempio, se i ricolti saranno buoni), o del tutto dalla volontà di un terzo (se quegli mi consente un dritto di passaggio sulle sue terre), o in uno dalla volontà di un terzo e dal caso (se quel giovane ottiene la laurea di medico); 2° quando dipendendo in parte dalla volontà di una delle parti, dipenda anche dal caso, tanto che quella volontà non possa far che si compia o per nò (se io ho figli). La condizione è mista se dipenda dal concorso della volontà di una parte, e dalla volontà di un terzo, articolo 1171 (1124). — *Essa è potestativa* quando secondo l'andamento delle cose sta nell'una delle parti il compiersi *o per nò* dell'avvenimento, quando pure vi entrasse l'accidente (se io getterò a *terra quel* muro, se farò fabbricare una casa).

546. Questa divisione *che fu* mal copiata dal Pothier (n. 201) non è affatto utile, anzi, come vedremo, *pericolosa per* il modo onde fu compilato l' artic. 1174

(1127); se non vi fossero stati questi tre articoli, sarebbe stato meglio.

1172 (1125). — Qualunque condizione di una cosa impossibile, o contraria ai buoni costumi o proibita dalla legge, è nulla e rende nulla la convenzione che ne dipende.

SOMMARIO

I. Cotesta regola copiata con poca intelligenza da Pothier è troppo generale. Limitazioni quanto alla condizione sospensiva.
II. E quanto alla condizione risolutiva.

I.—547. Vedemmo sotto l'articolo 900 (816) che per un uso cui non possiamo giustificare, i nostri legislatori adottarono pei testamenti, ed estesero alle donazioni fra vivi, una regola ben contraria a quella del nostro articolo, che consiste nel rendere pura e semplice la disposizione togliendo di mezzo la condizione impossibile od illecita.

Copiando la disposizione del nostro artic. 1172 (1125) dal § 1 del n. 204 di Pothier, ebbero il torto di non fare quelle distinzioni, che in esso erano tra le condizioni positive e negative, sospensive e risolutive, e quindi la loro regola diventò falsa perchè troppo generale. Non è vero che ogni condizione (positiva, negativa, sospensiva, risolutiva) che abbia per oggetto una cosa impossibile, immorale o illecita, renda nulla la convenzione a cui è apposta.

Quando, per esempio. io dico « la mia casa è vostra per 20,000 franchi, se io non fermo il sole » gli è manifesto che se la condizione è necessariamente nulla, la convenzione anzichè nulla, è invece pura e semplice, da oggi perfetta e irrevocabile. Ciò benissimo spiegava Pothier (§ 4); ciò compresero i compilatori tanto che fecero seguire il nostro dall'artic. 1173 (1126) onde restringendo la regola assoluta del primo, dire che ove la condizione fosse di non fare una cosa impossibile, l'obbligazione non sarebbe nulla.

548. Ma non basta la restrizione che al nostro articolo fa il seguente, per la condizione soltanto di una cosa impossibile. Infatti, quand'anche la condizione negativa. quella cioè di non fare, riguardasse una cosa contraria alle leggi ed ai costumi, una cosa illecita, non sarebbe sempre nulla, anzi spesso sarebbe conforme alle regole del dritto e della sana morale che si mantenessero e riconoscessero valide la condizione e la convenzione che ne dipenda. Ci si offre qui una distinzione sfuggita a Pothier. Quando a fin di render forte la vostra volontà e ajutarvi a vincere la passione per quella donna ad altrui moglie, abbiam convenuto che io vi cederò per un tal prezzo la mia casa di campagna che avete desiderato da lungo tempo acquistare. ma con l'espressa condizione « se voi non anderete più da quella donna » noi abbiamo fatto cosa onestissima e la religione non che la legge vogliono conservato un simile contratto. Se all' incontro un birbone ha voluto astenersi da una cattiva azione mercè un prezzo da me ottenuto, la mia promessa non è certamente obbligatoria. — Tal dottrina venne professata da Pothier i di cui principî sono stati qui riprodotti dai passi monchi estratti dal suo numero 204. Egli incominciava dal dire che la condizione di una cosa impossibile o illecita non rende l'atto assolutamente e sempre nullo, se non quando ella è *positiva*, cioè consiste in *faciendo* (§ 2). La negativa che consiste in *non faciendo* non rende mai nulla la obbligazione se la cosa è impossibile (come vien ripetuto dall'art. 1173 (1126)), ma se è contraria ai costumi e alle leggi, *ella può secondo i casi* render nullo l'atto, essendo contrario alla giustizia che si stipuli un prezzo per non fare ciò di cui è dovere astenerci (parag. 4).

II. — 549. La regola del nostro artico-

lo è anche falsa perchè troppo generale, e i nostri compilatori che l'ebbero copiata da Pothier, si sono anche allontanati, senza volerlo, nè avvedersene, dal pensiero della loro guida per quanto riguarda la condizione risolutiva.

Infatti Pothier nel suo numero 204 intendeva solo parlare delle condizioni sospensive, avvegnachè di esse si occupi in tutto il suo articolo 1° (n. 198 a 223), parlando delle condizioni risolutive nel suo secondo articolo (n. 224 e seguenti). Per l'opposito il nostro articolo che vien dopo l'art. 1168 (1121) abbraccia pure le condizioni risolutive a cui non può del pari applicarsi.

Così la convenzione che è nulla quando ho detto: « vi vendo la mia casa se voi fermate il sole » è valida, pura semplice e irrevocabile se ho detto: « vi vendo la mia casa, ma la vendita sarà risoluta se io fermo il sole: » ma qui rendesi impossibile lo scioglimento della obbligazione, come nel primo caso il s[...] fettuirsi.

550. La regola per la natura stessa [...] cose sarà per la condizione risoluti[va ...] contrario di quel che sia per la so[spen]siva, cioè bisognerà applicare in un[a ...] alla condizione di fare, ciò che si dice [del]l'altro delle obbligazioni di non fare, [e vi]ceversa. — Così essendo sospesa la [obbli]gazione, la condizione di *fare* la cosa [...] sempre la nullità, sia la cosa impossi[bile] o illecita non monta; la condizione di [non] *fare* lascia l'atto valido per una cosa im[pos]sibile ed ora nullo, or valido per una co[sa] illecita. Essendo condizionale al contra[rio] lo scioglimento, la condizione di non fa[re] renderà sempre l'atto nullo o per una co[sa] sa impossibile, o per una cosa illecita, men[tre] che la condizione di *fare* lascia va[lida] la convenzione per una cosa impos[sibile], e nulla o valida secondo *i casi* per una cosa illecita.

1173 (1126). — La condizione di non fare una cosa impossibile, non rende nulla l'obbligazione contratta *sotto tal condizione*.

N. B. Questo articolo è spiegato da ciò che abbiam detto sotto *il precedente*.

1174 (1127). — Ogni obbligazione è nulla, quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si obbliga.

551. Questo articolo deve intendersi con discernimento, perchè la condizione potestativa di cui tratta, non è, come potrebbe credersi, quell'altra di cui parla l'articolo 1170 (1123).

Quest'ultimo chiama potestativa qualunque condizione, che fa dipendere la esecuzione della convenzione da un avvenimento che è in facoltà della persona di far succedere o di impedire. Così, prendendo l'impegno di pagarvi 2,000 franchi se fo sul mio terreno alcune piantagioni o costruzioni che nascondano le vostre vedute, o se non tolgo quegli alberi che coprono la vostra casa, o se apro nella stessa strada una bottega che faccia concorrenza con la vostra, sono queste nel senso dell'art. 1170 (1123) obbligazioni con condizione potestativa; e quindi sarebbero nulle, se queste parole significassero il medesimo che nel nostro *articolo*. Or non è dubbio che simiglianti obbligazioni non sieno perfettamente valide. Ma da lato alle condizioni che son potestative perchè han per oggetto un fatto dipendente dalla volontà, ve ne ha di quelle che son tali perchè han per oggetto direttamente la stessa volontà: « Io vi pagherò 2.000 franchi se lo credo a proposito, se mi *conviene* ». Le une consistono in FACTO *a voluntate pendente*; le altre consistono *in ipsa et mera* VOLUNTATE. È stato sempre inteso che queste ultime, chiamate per distinguersi condizioni PURAMENTE *potestative*, impedirano che si formasse l'obbligazione, non essendovi certamente legame nella seguente

ıessa « io sarò legato se voglio, *si vo-* ɔ ».

a oltre questa prima distinzione delle .izioni in *potestative* e in *meramente statire*, è necessario dividere le pri- in due classi secondo l'indole e le cir- anze del fatto preso per obbietto della dizione. Infatti, il compire un fatto o lo nersene potranno alle volte esser così li e di poco momento, che si dovrà ri- ere anche la condizione come se esi- sse in *ipsa et mera voluntate*: « Vi darò tal cosa se bevo o non bevo quella bot- a di vino, se fo o non quella passeggia- » ec. In simigliante caso, sebbene la ndizione consista in *facto*, e non sia indi di quelle che si son sempre chia- ıte puramente potestative, io non sono cora realmente legato. Di più, il nostro ticolo nel di cui progetto erasi soltanto ırlato della condizione puramente potesta- ra, non serba più la parola puramente ɛr le osservazioni del Tribunato (Fenet, XIII, p. 13, 148).

552. Bisogna in somma per seguire il linguaggio del Codice, distinguere tre classi di condizioni potestative, di cui le due prime, e non l' ultima traggono la nullità di cui parla il nostro articolo. Ciò sono 1° quelle il di cui oggetto consiste *in ipsa voluntate*, e che significano nettamente *si voluero*; 2° quelle che consistono *in facto*, ma nelle quali il compiere il fatto o l'astenersene dipende dal capriccio del debitore tanto che escludano la esistenza di un vincolo ed equivalgano al *si voluero*, 3° infine quelle nelle quali le circostanze son tali che il debitore non possa far compiere o mancare il fatto che con un pregiudizio che garantisca il creditore contro il capriccio di lui, ovvero procurando al creditore un vantaggio che gli offra un compenso per lo inadempimento della promessa. Queste ultime sole sfuggono alla disposizione del nostro articolo (1).

2. Del compimento delle condizioni.

1175 (1128). — Qualunque condizione ɛbbe essere adempita nella maniera che le parti hanno verisimilmente voluto ed inteso che lo fosse.

553. Questo articolo, riprodotto come gli ıltri da Pothier (n. 206), tronca la vec- ɔhia quistione, se la condizione debba ne- ɛssariamente compiersi nei medesimi ter- nini in cui è concepita, *in forma specifi- ɔa*, o se basti il compiersi per *aequipol- ens*.

Il Codice con Pothier e con la ragione dice esser questa una quistione di intenzione che dovrà decidersi secondo le circostanze. Avendo contratto con voi una qualsiasi obbligazione soggetta alla condizione « se voi mi procuriate 25 luigi da qui ad un mese » starà nel giudice il conoscere se siesi voluto soltanto parlare di una somma di 500 franchi, non importa se in oro o in argento, o voluto realmente dire di 25 pezzi di oro, di 20 franchi per uno.

1176 (1129). — Quando una obbliga- zione si è contratta sotto la condizione che un avvenimento succeda in un tempo de- terminato, una tale condizione si stima mancata, se il tempo sia spirato senza che sia accaduto l'avvenimento. — Se non vi è tempo determinato, la condizione può sempre adempirsi; e non si ha per mancata se non quando sia certo che non accaderà l'avvenimento.

554. Allorquando mi avrete promesso 1,000 franchi, *se il tal naviglio torni in quest'anno*, la condizione è mancata e la obbligazione vien meno, se passato l'anno

(1) Sotto l'art. 1185 (1138) parleremo della obbligazione non sotto la condizione *si voluero*, ma col termine *cum voluero*.

il naviglio non torna. Se mi avete promesso i 1,000 franchi, *se quel naviglio ritorni*, non apponendo alla condizione alcun termine, l'obbligazione è sempre sospesa dopo uno, due o tre anni, e fino a che non sarà certo che il naviglio non tornerà. Siffatte proposizioni non valeva certo la pena che si scrivessero nella legge.

Del resto, i compilatori nella seconda frase del nostro articolo han posto una regola troppo assoluta, la quale essendo troppo generale, può diventar falsa.

Quando mi sono obbligato a pagarvi 500 franchi se voi tagliate quell'albero che offende la mia veduta, non ho voluto es[sere] perennemente insieme coi miei succe[ssori] in vostra balìa, e la condizione che d[eve] sempre eseguirsi come le parti hanno [ve]risimilmente voluto (artic. 1175 (112[8])), tanto per il tempo che sotto qualun[que] altro rapporto, deve compiersi da voi [in] un tempo ragionevole, dopo il quale ve[r]rà meno la mia obbligazione. Potrò dunque, insorgendo difficoltà, far che il giudice stabilisca un termine, scorso il quale la condizione sarà mancata.

1177 (1130). — Quando una obbligazione si è contratta sotto la condizione che l'avvenimento non succeda in un dato tempo, tal condizione resta adempiuta, allorchè questo è spirato senza che sia succeduto l'avvenimento. Essa si adempie egualmente, se prima del termine sia certo che l'avvenimento non sarà per succedere; e se non vi è tempo determinato, non si verifica se non quando sia certo che l'avvenimento non sarà per succedere.

555. Allorchè mi avete promesso 1,000 franchi se il tal naviglio non ritorni in quest'anno, e passa l'anno senza che esso ritorni, la condizione è compiuta, e la vostra obbligazione diventa pura e semplice, e può venire immediatamente pretesa. Così parimente, se innanzi di passar l'anno, gli è certo che il naviglio non tornerà; se, per esempio, è noto di aver fatto naufragio. Ma non potrebbe immediatamente pretendersi che si adempia l'obbligazione se il termine fosse stato apposto ad essa medesima: vi pagherò 1,000 franchi in un anno se quel naviglio non torna prima. In tal caso l'obbligazione è in uno condizionale, e a termine; e sebbene essa dopo due o tre mesi, diventa pura e semplice per la certezza acquistata che il naviglio non può più tornare, riman sempre obbligazione a termine, e il creditore per pretenderne lo adempimento, deve certamente aspettare che spiri l'anno.

556. Del resto, è necessario fare qui un'osservazione analoga a quella fatta sotto il precedente articolo. Se la condizione negativa a cui non si è posto termine, è potestativa per il debitore, e consiste in un fatto che riguarda il creditore; se, ad esempio, vi siete obbligato a darmi 500 franchi se non fate togliere quell'albero che nuoce al mio ricolto, posso fare che si stabilisca un termine entro cui dovrete pagarmi la somma, essendosi compiuta la condizione come noi l'abbiamo intesa. — L'una delle scuole dei giureconsulti romani ebbe diversa sentenza; ma Pothier la respinse come contraria allo spirito del nostro dritto francese, e non potrebbe oggidì esser dubbia in faccia all'articolo 1175 (1128).

1178 (1131). — La condizione si ha per adempita, quando il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento.*

557. Questa regola, conforme del tutto alla ragione e alla giustizia, è stata tolta dal num. 212 di Pothier che la ebbe cavata dal diritto romano. — Ma è necessa-

* Se l'adempimento della condizione dipende da un terzo, si ha per adempita quando dalla parte si è fatto il *totum posse*. C. S. di Napoli 1° ottobre 1839.

, come avvertiva Pothier, e venia indi-o dalla legge romana, che il debitore ›ia a bella posta impedito che si comse, o almeno cagionatolo direttamente r sua colpa, non bastando che ne fosse ıto la occasione involontaria: *quicum-e sub conditione obligatus*, CURAVERIT *conditio existeret*, *nihilominus obli-ıtur (L. 115, § 2, de verborum obliga-one)*.

Siccome la condizione si tien per com-iuta, benchè non sia, quando il debitore a impedito che si compisse, si dovrà, 'iceversa, ammettere il medesimo, quando l creditore abbia fatto ciò che da lui di-›endeva per compiere la condizione pote-ıtativa, o almeno quando egli non sia te-ıuto del non essersi compita? Io prometto 1,000 franchi a mio fratello se libera da ıui a sei mesi il suo negro Giacomo, e questi muore quindici giorni dopo la promessa; avrà dritto mio fratello ai 1,000 franchi? Il dritto romano, e Pothier (numero 213) decidevano che la condizione si tenesse per compita nei legati (ad esempio, se avessi *legato* i 1,000 franchi a mio fratello nella sopra riferita specie); ma non già negli atti fra vivi.

Crediamo che oggidì, tacendone il Codice, la quistione sarebbe d'intenzione, e si dovrebbero valutare le circostanze, tanto pei legati che per le obbligazioni. Se è manifesto che il testatore o chi promette abbia voluto assegnar la somma per il solo buon volere del padrone, basterà che si provi come egli fosse inchinevole a liberare il negro, perchè gli sia dovuta la somma; ma se nella intenzione di quello i mille franchi dovevano esser pagati per la liberazione già fatta, e come ristoro della perdita che egli farebbe, la condizione è mancata, essendo divenuta impossibile la liberazione.

3. Dell'effetto delle condizioni.

1179 (1132).—La condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione.

Se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano al suo erede.

558. L'obbligazione condizionale, e in generale ogni dritto condizionale di qualsivoglia natura, non è un dritto che *esisterà o non esisterà* (nell'avvenire), secondochè giunga o no quell'avvenimento; ma un dritto che soggetto alla condizione prevista esiste o no da oggi: il dritto non ha, nè avrà mai esistito se la condizione non si compia, esiste invece da oggi, se la condizione appresso si compia.—La formola della obbligazione condizionale non è: « Vi dovrò se...» ma « Vi devo se...» L'obbligazione che rientra nella formola « Vi dovrò se...» sarebbe insieme condizionale e a termine. La condizione dunque tostochè si compia ha un effetto che retroagisce al punto stesso del contratto. E siccome gli effetti delle nostre convenzioni possono trasmettersi ai nostri eredi, rappresentanti o aventi-causa, tranne che non risulti altramente dall'indole speciale del contratto; o da una espressa dichiarazione (articolo 1122 (1076)), ne sorge che la condizione partorirà lo stesso effetto, o si compia in vita del creditore, o dopo lui morto.

Non è così nei legati, i quali sarebbero caduchi se il legatario morisse prima che la condizione si compia (articolo 1040 (995)). Anche nei legati la condizione ha effetto retroattivo; ma il legato che si è fatto per la stessa persona del legatario, deve darsi a lui stesso, e non può passare ai suoi eredi.

559. La condizione compiuta retroagisce al momento stesso del contratto, e fa che l'obbligazione sia stata pura e semplice; di che sorge che vengono meno i dritti reali che il debitore avrebbe potuto consentire, *pendente conditione*, sopra l'immobile che avea promesso di consegnare. Ne viene anche che i frutti da lui percepiti in quel tempo appartengano, almeno in prin-

cipio, al creditore. Pure quanto ai frutti viene insegnato il contrario da Toullier (VI, 82); e da Duranton (XI-82), ma non crediamo si possa giustificare la loro dottrina, che vuol negare l' effetto retroattivo stanziato dal nostro articolo.

Toullier dice, che il debitore fa suoi i frutti qual possessore di buona fede: gli è un errore, poichè egli sa che alienato l'immobile sotto una condizione sospensiva, egli non ne era più proprietario che sotto una condizione risolutiva.

Duranton dice, la vendita non essere perfetta; nè acquistare la sua efficacia che collo avvenimento della condizione, e a contare da esso; ma così si dimentica l'indole della condizione, e se si disconosce, l'effetto retroattivo che fa risalire tutta la forza del contratto al giorno in cui esso si è fatto.

Duranton si appoggia sopra una frase della legge 8 del digesto lib. 18, t. 6, il cui senso non ben colse e che nulla prova contra di noi. Essa a dire di lui significherebbe che non ostante il compiersi della condizione i frutti corsi innanzi che si avverasse, appartengono al debitore, quand'anche il compratore fosse stato già in possesso. È un errore: quella frase non parla degli effetti della condizione compiuta, ma soltanto di ciò che avviene fra a quando ella è sospesa. Eccovi questa frase: *quod si* PENDENTE CONDITIONE *res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum est repetitur, et fructus medii temporis venditoris sunt.* — Che non si tratti della condizione compiuta, ben sorge dal permettersi al compratore di ripetere ciò che avrebbe pagato del suo prezzo. Dippiù Cujacio e Pothier hanno dato lo stesso senso al testo romano che Duranton non ha ben compreso; e noi vedremo più innanzi come il dotto professore si metta in opposizione colla dottrina qui da lui professata (art. 1182 in fine (1135)).

È forza dunque riconoscere che in principio il compiersi della condizione attribuisca retroattivamente i frutti al compratore e quindi anche gl' interessi del prezzo al venditore.—Ma bisognerebbe decidere altrimenti, se risultasse infatto dalle circostanze che sia stato diverso l'intendimento comune delle parti (Vedi pure l'art. 1514 (T), n. II).

1180 (1133).—Il creditore può, prima che siasi verificata la condizione, esercitare, tutti gli atti che tendono a conservare il suo dritto.

560. Finchè la condizione non è compiuta, non vi ha in rigore nè credito, nè creditore, o almeno s'ignora se ve ne sia; chi ha stipulato sotto una condizione, è forse creditore e forse no. Ma se egli non ha ancora un credito certo, almeno ha la speranza che è un certo dritto nè gli può essere ritolto dall'altra parte; gli è per questo che egli è facultato a prendere tutti i provvedimenti tendenti a conservare il dritto, a garentire il suo credito eventuale.

§ 2.—*Della condizione sospensiva.*

1181 (1134).—L'obbligazione contratta sotto una *condizione sospensiva* è quella che dipende o da un avvenimento futuro ed incerto o da un avvenimento succeduto attualmente, ma non per anche noto alle parti.

Nel primo caso non può eseguirsi la obbligazione se non dopo l' avvenimento.

Nel secondo l'obbligazione ha il suo effetto dal giorno in cui è stata contratta.*

* È un errore il credere che non si diano condizioni sospensive tacite: esse possono esistere implicitamente negli atti per opera della legge che le supplisca, o per la natura stessa dell'affare, o infine per la presunta volontà delle parti. C. S. di Napoli, 24 luglio 1852 (cam. riun.).

561. Questo articolo è del tutto inutile perchè si è detto che cosa sia la obbligazione soggetta a condizione sospensiva (articolo 1168 (1121)) ed è poi inesatto indicar non una ma due classi di tal condizione. L'obbligazione sotto condizione sospensiva è quella che deve esistere o non esistere secondo che avvenga o non avvenga un avvenimento futuro ed incerto, io farò o darò la tal cosa se quel naviglio ritorna ad Havre. L' obbligazione che le parti fan dipendere da un fatto che essi ignorano ma che è già avvenuto, non è punto condizionale: quando io prometto di fare o di dare qualche cosa se quel naviglio sia giunto al presente in Havre, ovvero se la regina d'Inghilterra viva tuttavia, la obbligazione si presenta condizionale, ma ella è da oggi pura e semplice se esiste il fatto preveduto, ovvero nel caso contrario, non esisterà mai. Ciò spiegava benissimo Pothier (n. 202) e chiaramente anche dicea la legge romana. Dippiù l'ultimo paragrafo del nostro articolo confuta la proposizione del primo con dire che nel secondo caso la obbligazione ha immediatamente il suo effetto. — Per altro, se la obbligazione in tal caso non è condizionale, essa è necessariamente a termine, non potendosi eseguire che posciachè si avranno le notizie sulla esistenza o non esistenza del fatto preveduto.

Il secondo paragrafo del nostro articolo è anche poco esatto pel dire, che l' obbligazione veramente condizionale non potrà eseguirsi se non dopo l'avvenimento; carattere della obbligazione a termine la quale esiste da oggi, ma non può eseguirsi se non dopo il tempo stabilito. Bisognava dire che l'obbligazione condizionale esiste quando si compirà l'avvenimento.

1182 (1135). — Quando è stata contratta l' obbligazione sotto una condizione sospensiva, la cosa che forma il soggetto della convenzione, rimane a rischio del debitore che non si è obbligato di consegnarlo, se non nel caso dello evento della condizione.

Se la cosa è interamente perita senza colpa del debitore, l'obbligazione è estinta.

Se la cosa è deteriorata senza colpa del debitore, il creditore ha la scelta, o di sciogliere l' obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, senza diminuzione di prezzo.

Se la cosa è deteriorata per colpa del debitore, il creditore ha il diritto, o di sciogliere l' obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, insieme coi danni ed interessi.

562. La legge qui suppone che la obbligazione contratta sotto una condizione sospensiva, sia di consegnare un corpo certo e determinato.

Finchè la condizione è sospesa, il creditore non ha per anco la proprietà della cosa, ma soltanto la speranza di conseguirla; quindi la perdita della cosa va ai danni del debitore che ne è ancora il proprietario. E la condizione vanamente si compirebbe, distrutta che sia la cosa, avvegnachè allora l' obbligazione del debitore della cosa, ad esempio del venditore, non può più nascere per mancanza di oggetto, e di conseguenza quella del compratore non può più nascere per mancanza di causa. Pertanto sono conformi ai principi i due primi paragrafi del nostro articolo, tranne che il secondo si esprime male con dire che l'obbligazione del venditore sarà estinta; essa non può estinguersi perchè non è mai esistita; bisognava dire che questa obbligazione, come la correlativa di pagare il prezzo, non possono più formarsi.

Il quarto ed ultimo paragrafo è similmente conforme ai principi. Esso dice che se la cosa venduta con condizione, anzichè perire *pendente conditione*, si è solo deteriorata per colpa del venditore, il compratore ha la scelta, o di sciogliere il contratto, o di prendere la cosa per il prezzo minore che oggi vale, ottenendo nell'uno e nell'altro caso i danni-interessi contro il

venditore che per sua colpa non gli avea fatto conseguire l'oggetto nello stato in cui egli voleva e doveva averlo.

Diciamo che i danni ed interessi saranno dovuti nell'uno come nell'altro caso, e tanto se il compratore vorrà sciogliere il contratto, quanto se vorrà la cosa. Imperciocchè egli ha maggior torto nel primo che nel secondo caso; se il ristoro gli è dovuto quando vuol prendersi l'oggetto deteriorato ma per un prezzo minore, e quando l'oggetto può ancora, sebbene men pienamente, tornargli utile, come non gli sarebbe dovuto quando l'oggetto non può fare più allo scopo, e sarà forse difficile, forse anche impossibile procurarsene un altro? In ambi i casi si applica certamente l'articolo 1382 (1336).

563. Ma non è men conforme ai principî il terzo paragrafo del nostro articolo il quale faculta il compratore a prendere la cosa, o a sciogliere il contratto, quando il deterioramento non è imputabile al venditore, o ad altro debitore. Allora non si accordano più al creditore danni-interessi, e la cosa egli la prende al medesimo prezzo; ma è contrario al dritto e all'equità che egli possa fare sciogliere il contratto.

Gli eventi non buoni al pari che i bu non devono correre per lui? Se la cos fosse migliorata o accresciuta, il vend avrebbe forse potuto far risolvere il co tratto? Il dritto romano non che il nost antico dritto avevano ciò benissimo co preso (Pothier, n. 219); nè può giustificar questo mutamento degli antichi princi che è insieme una contraddizione alla reg della retroattività della condizione. Ma st *tuit lex*.

Duranton (XI, 80) che censura al pari noi questa derogazione ai principî, ne poi argomento al n. 82, § 4, per non la che si applichi ai frutti il principio del effetto retroattivo della condizione. I cas non formalmente previsti dalla legge no devono forse essere decisi coi princip zichè colle eccezioni? Questa regola lo gica non diviene anche più imperiosa, es sendosi riconosciuta viziosa la eccezione e degna di censura? Forse non divien pe ciò palpabile che ove non sorga altramente dalle circostanze, i frutti debbano regolarsi col principio dell'art. 1179 (1132), e non con la eccezione riconosciuta non buona nel paragrafo 3 del nostro articolo?

§ 3. — *Della condizione risolutiva.*

1183 (1136). — La *condizione risolutiva* è quella che verificandosi produce la rivocazione dell'obbligazione, e rimette le cose nel medesimo stato, come l'obbligazione non si fosse contratta.

Questa condizione non sospende la esecuzione dell'obbligazione: essa obbliga soltanto il creditore a restituire ciò che ha ricevuto, nel caso che l'avvenimento preveduto colla condizione abbia luogo.*

SOMMARIO

I. Rimando all'art. 1168 (1121). *La condizione risolutiva, come la sospensiva, produce il suo effetto quando si compie prima che la cosa costituente l'oggetto della obbligazione si distrugga. Si dissente da Duranton.*

II. Casi in cui la condizione risolutiva non avrebbe effetto retroattivo. Osservazioni quanto agli atti di amministrazione.

I. — 564. Questa regola ben si comprende con le spiegazioni date da noi sotto l'artic. 1168 (1121) da cui risulta che la obbligazione detta sotto condizione risolu-

* La condizione risolutiva dà alla parte la scelta della esecuzione o dello scioglimento del contratto, con la rimessione delle cose allo stato primiero. C. S. di Napoli, 5 sett. 1831.

è una obbligazione pura e semplice getta ad una risoluzione condizionale. 'obbligazione, sendo pura e semplice, e eseguirsi immediatamente come dice ostro secondo paragrafo. Se non che esecuzione dev' essere revocata, e ven- o meno la obbligazione insieme con te le sue conseguenze già avverate o da verarsi, se si effettui lo scioglimento con- ionale, secondo vien detto dal primo ragrafo e dalla fine del secondo. Per e- mpio, colui che per effetto della condizione solutiva restituirà un immobile, dovrà re- tituire anche i frutti come è stato di so- ra detto, tranne che dalle circostanze non merga altro essere stato l' intendimento elle parti.

Ma perchè tai risultamenti si avverino, è ecessario che la condizione risolutiva si ompia efficacemente, cioè in un punto in cui può produrre i suoi effetti. Vi vendo il mio cavallo per 800 franchi, ma resta convenuto doversi risolvere la vendita se quel naviglio ritornerà dalle Indie; il ca- vallo che io vi ho consegnato, e voi avete anche pagato, muore per caso fortuito e poi giunge il naviglio. Allora si compie in- darno la condizione, nè si darà luogo allo scioglimento, mancando l'oggetto cui possa riferirsi, cioè il vostro dritto di pro- prietà che più non esiste, essendo morto il cavallo; voi non potete essere obbliga- to a darmi il cavallo che non esiste, e non potendo più formarsi per mancanza dello oggetto siffatta obbligazione, non può per mancanza di causa formarsi la mia di restituirvi gli 800 franchi.

Questo ci sembra diventar manifesto, e per dir così palpabile con la osservazione fatta da noi sotto l'art. 1168 (1121). che chi è creditore sotto una condizione, è per- ciò debitore sotto la condizione opposta. Allorchè dunque io vi son debitore del tal cavallo il quale vi appartiene sotto la condi- zione *risolutiva*, che quel naviglio ritor- nerà, il cavallo appartiene a me, e voi siete obbligato a rilasciarmelo sotto la con- dizione *sospensiva* dello stesso avvenimento. Pertanto la regola che l'artic. precedente 1182 (1135) riferisce al *debitore* sotto condizione *sospensiva*, è riferita per ciò al *creditore* sotto condizione *risolutiva*; ue conforme questo articolo che per altro applica in ciò i principî generali, il de- bitore sotto condizione sospensiva ha la cosa ai suoi rischi, e la vede perire per se, per la semplice ragione che egli ne è presentemente il proprietario. La no- stra quistione adunque vien risoluta in- sieme e dai principî generali e dal testo positivo del nostro articolo 1182 (1135); e applicandosi questo per forza ai due casi, la nostra sezione non ripete la sua regola per il secondo.

565. Duranton non di meno insegna il contrario (XI, 91), e meravigliandosi che il Codice non decida una quistione così importante (mentre oltrechè positivamente dall'art. 1182 (1135), sarebbe abbastanza risoluta dai principî generali), sostiene che la condizione che si compie poscia che la cosa siesi distrutta, darà sempre luo- go alla revoca, obbligando colui a cui la cosa doveva restituirsi, a consegnare il prezzo ricevuto.

Duranton a fin di stabilire cotal dottrina si sforza prima di distruggere, o almeno di scemare l'identità che esiste fra il credi- tore sotto condizione risolutiva, e il debi- tore sotto condizione sospensiva.

Questa identità è profondamente vera, dimostrata abbastanza dalla natura stessa delle cose, e non crediamo necessario con- futare qui gli sforzi del dotto professore, il quale si appoggia ad una legge romana (L. 2, parag. 1, nel digesto, lib. 18, tit. 2) che non serve al suo sistema, deciden- do nel modo più esplicito la quistione nel nostro senso. In essa si tratta di una ven- dita fatta *cum addictione in diem*, sotto la condizione che sarà risoluta se da qui a quel tempo io non abbia più vantaggiose offerte, e dice Ulpiano: *Julianus scribit hunc cui res in diem addicta est, et usucapere pos- se, et fructus et accessiones lucrari* ET PERI- CULUM AD EUM PERTINERE SI RES INTERIERIT. Egli è vero che il giureconsulto Paolo nella legge che immediatamente segue, a dimostrare come quella sentenza sia vera osserva, che nella specie la condizione

risolutiva non può compiersi più tardi, avvegnachè non vi possono essere altre offerte per una cosa che più non esiste; *quoniam post interitum rei nec adferri possit melior conditio*. Ma ciò importa che la condizione risolutiva si compirebbe efficacemente dopo che la cosa pere, se l'avvenimento previsto fosse diverso e tale da effettuarsi dopo il deperimento? Gratuitamente lo asserisce Duranton per la sua tesi. Egli infine allega il testo del nostro articolo secondo cui la condizione risolutiva rimette le cose in quel medesimo stato che se l'obbligazione non fosse esistita; ma non è egli chiaro che la legge vuole parlare d'una condizione che si compia in tempo utile? Senza fallo la condizione risolutiva al par della sospensiva, ha un effetto retroattivo, ma sol quando si compie innanzi che pera la cosa. Altramente bisognerebbe pur dire che non fa distinzione l'art. 1179 (1132), stanziando la regola generale e comune alle due condizioni; e dichiarando assolutamente, che avveratasi la condizione ha un effetto retroattivo al giorno della obbligazione; di conseguenza avendovi promesso il mio cavallo per 800 franchi se quel naviglio giungerà, il suo arrivo anche posteriore alla morte del cavallo, fa sì che la nostra convenzione sia stata pura e semplice fin dal principio! Il nostro art. 1183 (1136) non che l'art. 1179 (1132) indicano gli effetti della condizione che si avvera in tempo utile, e specialmente innanzi di perire la cosa che forma l'oggetto del contratto.

II. — 566. La proposizione dei nostri articoli 1179 e 1183 (1132 e 1136) [illegible] quale è indicato l'effetto della condiz[illegible] avverata, anche limitata in questo [illegible] siccome impongono i principî e han [illegible] mente pensato i compilatori, non sarà sem[illegible] vera alla lettera, e bisogna fare un'a[illegible] restrizione a cui non si badò, perchè [illegible] lativa ad un caso particolare.

Se vi siete obbligato, per esempio, a [illegible] garmi 1,200 franchi per anno, ma st[illegible] lando che vi sarete liberato se io con[illegible] guissi quel posto, la vostra obbligazi[illegible] contratta in questi termini è soggetta [illegible] una condizione risolutiva, ma non del[illegible] ordinarie. In fatti la risoluzione [illegible] qui soltanto condizionale, dipendendo [illegible] che da un termine a contar da cui [illegible] il suo effetto. La vostra convenzione [illegible] dire, che voi non più mi paghereste [illegible] 200 franchi se io consegua quel posto [illegible] che non me li paghereste più dal gior[illegible] in cui avrò ottenuto quel posto. Non ci [illegible] bisogno di allegare qui l'effetto retroattivo al giorno del contratto, nè dire col nostro art. 1183 (1136) che le cose saran rimesse nello stesso stato come se l'obbligazione non fosse mai esistita.

Del rimanente, la condizione o risolutiva, o sospensiva non avrà mai effetto retroattivo per gli atti di amministrazione di beni, come pei fitti. Necessariamente e per l'indole stessa delle cose, colui che sarà definitivamente il vero proprietario, si suppone aver dato a chi sarebbe attualmente proprietario apparente, un mandato tacito di far validamente tutti gli atti di amministrazione.

1184 (1137).—La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

In tal caso il contratto non è sciolto *ipso jure*. La parte verso cui non si è eseguita l'obbligazione, ha la scelta, o di costringere l'altra allo adempimento della convenzione, quando ciò sia possibile, o di domandarne lo scioglimento insieme coi danni ed interessi.

La risoluzione della convenzione dee domandarsi giudizialmente, e può accordarsi al convenuto una dilazione secondo le circostanze.

SOMMARIO

ella condizione risolutiva tacita che esiste in tutti i contratti bilaterali.
Del patto commissorio e dei suoi effetti.
III. In tutti i casi la risoluzione ha il suo effetto contro i terzi acquirenti. Quanto dura l'azione di risoluzione.

I. — 567. La legge che qui veglia sol-ita agli interessi dei contraenti, e pren-per essi le precauzioni che i mede-ni non sempre prenderebbero, dichiara e nei contratti sinallagmatici ciascuna rte si stimerà avere stipulato che la sua obbligazione sarà risoluta e la convenzio-e come non avvenuta, se l'altra parte non lempia la sua. Quindi ogni contratto bi-terale è soggetto per regola generale d una condizione risolutiva per ciascheuno dei contraenti.

Ma tal condizione tacita e sottintesa (chiamata anche perciò *legale*) non ha un ef-etto così energico come la condizione ri-olutiva ordinaria di cui parla il precelente articolo; la quale *ipso facto* e per o effetto immediato del suo avverarsi ef-ettua lo scioglimento, mentre quella del nostro articolo invece fa che si domandi solo il giudice non obbligato a pronunziarlo ncontunente, e che può secondo le circostanze accordare al convenuto un termine per adempire. Ben si comprende che la parte facendo dichiarare lo scioglimento, può ottenere danni ed interessi per il pregiudizio che dal ritardato adempimento gli sarebbe provenuto (art. 1382 (1336)). Per altro, la parte che può volere o che si adempia la obbligazione o che si risolva è naturalmente facultata a passare dall'uno all'altro partito; e può sempre domandare la esecuzione dopo chiesto lo scioglimento, o viceversa, finchè l'altra parte non abbia dichiarato di aderire alla domanda fatta, il che formerebbe un nuovo contratto, o non siesi pronunziata una sentenza che sarebbe il quasi-contratto giudiziario e produrrebbe lo stesso effetto (Cassazione. 2 dic. 1811).

II.—568. Si potrebbe dapprima ritenere, che essendosi espressamente stipulato da una parte lo scioglimento perchè l'altra non abbia adempito, questa clausola formi una condizione risolutiva ordinaria, di cui gli effetti sono naturalmente regolati dai precedenti articoli. Ma non è così; questa clausola nota col nome di *patto commissorio* ha le sue speciali regole.

Così nella condizione risolutiva ordinaria, il contratto è come non avvenuto per ciascuna delle parti da quando si compie la condizione, ed esse non potrebbero volerne di nuovo lo adempimento che di comune accordo e con un altro contratto; e ciò, sebbene vi sia stato qualche dubbio, si avvera tanto per la condizione risolutiva potestativa, che per quella risolutiva casuale (Toullier, VI, 552-554). Se io dichiari di vendervi la mia casa per tal prezzo, stipulando che l'obbligazione sarà risoluta se quel naviglio torni in questo anno, o se voi fate o non fate quel viaggio a Marsiglia, l'avvenimento della condizione prevista annullerà la convenzione, nè io potrò più costringervi a ritenervi la casa pagandomene il prezzo, nè voi potreste costringermi a lasciarvela. Il nostro contratto è rigorosamente come non avvenuto; e quando pure noi converremo di non tenere ragione della condizione avverata e di lasciarvi la casa, conservando per me o il prezzo ricevuto, o il credito del prezzo non ancora pagato, non si manterrebbe così il primo contratto, ma se ne farebbe uno nuovo, e voi sareste proprietario dell' immobile, a contare da questa nuova convenzione.—Al contrario, trattandosi della condizione risolutiva speciale che si è chiamata *patto commissorio*, il contratto, non ostante siasi avverata la prevista condizione, non è risoluto se non quando ciò vorrà la parte che abbia stipulato la condizione, e sarà mantenuto se così voglia non ostante che diversamente intenda l'altra parte. Quando vi ho venduto la mia casa stipulando che la vendita sarebbe ri-

soluta se voi non paghiate il prezzo al termine posto, il non pagare allora il prezzo, sebbene con ciò si avveri la condizione risolutiva scritta nel contratto, non rivocherà necessariamente la nostra convenzione, ed io potrò costringervi ad eseguirla, e perseguitarvi onde ottenere il prezzo che voi non volete pagarmi. Infatti, una tale condizione per l'indole stessa delle cose non è scritta assolutamente, ma con un fine puramente relativo allo stipulante il quale è libero di non usarne; essa è soggetta a quella restrizione sottintesa: « tranne che io non voglia piuttosto attenermi al mio contratto, ed usare le vie legali per giungere mio malgrado allo adempimento di esso ».

569. Questa prima differenza fra la condizione risolutiva ordinaria, e quella che si cava dall'inadempimento o clausola commissoria, ha tratto il nostro legislatore a bandirne un' altra che era stata esagerata dal nostro antico dritto, che il Codice spinge forse un po' in là, ma che in fondo, e dentro giusti confini, è perfettamente razionale. Dipendendo lo scioglimento, nel caso che trattiamo, dalla volontà dello stipulante, non si può dunque dire che esso avrà sempre luogo, come nei casi ordinari, *ipso facto* per il solo fatto dello avverarsi la condizione: bisognerà che la volontà dello stipulante si sia manifestata. La nostra antica giurisprudenza abusando di tale idea, aveva perfino deciso che, quale che si fossero i termini del contratto, non vi sarebbe mai scioglimento per effetto del patto commissorio, se non quando il giudice, citato il debitore e valutate le circostanze, abbia dovuto dichiarare la revoca del contratto.

Così, allorquando le parti avessero espressamente stabilito che la mancanza di adempimento al tempo posto, scioglierebbe immediate il contratto di pieno dritto e senza bisogno di alcuna formalità, bisognava non di meno ricorrere alle formalità di cui si era voluto affrancare, e lo scioglimento non poteva risultare che dalla sentenza del giudice, libero sempre di dichiarare come volesse, dietro lo esame dei fatti (Pothier, n. 636, o 672 *secondo la* edi[illegible] e *Contr. di vendita*, n. 459). Con [illegible] violerebbe stranamente il sacro princ[illegible] della libertà delle convenzioni. Il Cod[illegible] si è guardato dal riprodurre un sif[illegible] principio, ed ecco la distinzione che se[illegible] bra derivare dai suoi testi non abbasta[illegible] za chiari su ciò.

Se la parte dicendo anche che lo sc[illegible] glimento avrà effetto *di pieno dritto*, [illegible] abbia aggiunto non essere bisogno di alcu[illegible] intimazione o citazione (o altri termini eq[illegible] valenti), lo scioglimento deriverà solo da[illegible] intimazione di eseguire rimasta inefficace (art. 1656, 1139 (1502, 1093). Rig. [illegible] ag. 1824). Se all'incontro si è detto [illegible] contratto che darebbesi luogo allo sc[illegible] glimento per il solo fatto del non ad[illegible] pimento, e *senza bisogno di intimazione nè di alcuna altra formalità*, allora [illegible] tanto lo scioglimento avrà effetto *de p[illegible] no* (art. 1139 (1093). Parigi 22 novembre 1816); ma lo stipulante avrà *sempre* la facoltà di rinunciare al beneficio dello scioglimento, e pretendere la *esecuzione*.

III.—**570.** Lo scioglimento *risultante*, o dalla condizione tacita di *cui è discorso* nel nostro articolo, o dalla *clausola commissoria* di cui abbiam parlato nel n. II, *può* opporsi, come quello che deriverebbe da una condizione risolutiva ordinaria, ai terzi acquirenti, o a tutti coloro che avrebbero ottenuto un qualsivoglia dritto *sopra l'im*mobile: *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Una decisione di Besanzone che aveva deciso il contrario, è stata con ragione cassa dalla Corte suprema (2 dicembre 1811).

La domanda di scioglimento non è una azione di rescissione del contratto poichè non s' impugna la *convenzione*, ma si domanda lo adempimento della clausola espressa o sottintesa. L' *azione pertanto non si* prescriverebbe in dieci anni *secondo* l'articolo 1304 (1258), ma in *trenta secondo* l'art. 2262 (2169); però i terzi con giusto titolo e con la buona *fede* prescriverebbero in dieci, o venti anni, conforme l'art. 2265 (2172).

SEZIONE II.

DELLE OBBLIGAZIONI A TERMINE

1185 (1138). — Il *termine* è diverso la condizione, in quanto non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto la esecuzione.

571. L'obbligazione a termine è quella n sospesa nè risolubile per un avvenimento futuro ed incerto, ma di cui soltanto lo lempimento vien differito fino ad un avvenimento futuro, ma certo: vi pagherò mille franchi in un anno. Quindi l'obbligazione a termine esiste immediatamente con tutta la sua forza giuridica, cotalchè non dorebbe prendersi alla lettera quello che sovente si ripete: « Nulla deve chi ha un termine », essendo vero che chi gode di un termine non sia obbligato di pagare al presente, ma non già che egli non sia al presente debitore.

Vedemmo sotto l'art. 1174 (1127) essere nulla l'obbligazione quando chi promette abbia contratto con la condizione *si voluero*; ma non già quella in cui si sarebbe detto: « io farò o darò quella cosa *cum voluero* ». Non si può qui dire che manchi il vincolo, poichè esso si forma immediatamente fin dal momento del contratto, e il *cum voluero* differisce solo l'adempimento della obbligazione. Senza fallo sarebbe ancora nulla la convenzione, se in fatto si fosse voluto fare uno scherzo, il che sarebbe certamente un caso rarissimo; quando le parti avranno agito sul serio, si dovrà solo esaminare, ove sorga quistione, qual sia la latitudine lasciata al debitore. Quando io vi presto il mio cavallo per coltivare le vostre terre, e vi dò facoltà di restituirmelo quando vorrete, potrete tenerlo cinque o sei settimane, come otto giorni; alle volte il *cum voluero* potrà estendere il termine a tutta la vita del debitore.

Si distingue il termine di dritto che risulta dalla stessa convenzione, e il termine di grazia che il giudice può delle volte accordare senza che le parti lo abbiano convenuto (art. 1214 Codice civile (1167) art. 122, 124 Codice proc. (216, 218)). Il termine di dritto è espresso, o tacito secondo che sia stato formalmente convenuto, o risulti soltanto dall'indole del contratto. Obbligandomi in Parigi di consegnarvi in questa città il mobile che vi dico di aver lasciato a Rouen, noi tacitamente convenghiamo che mi abbia il termine necessario onde far venire quel mobile.

1186 (1139). — Ciò che si dee a tempo determinato, non può esigersi prima della scadenza del termine; ma non può ripetersi ciò che si è pagato anticipatamente.

572. Ciò che è dovuto a termine non si può pretendere innanzi che esso giunga, e il termine corre spirato che è l'ultimo giorno. La prima proposizione del nostro articolo non offre alcuna difficoltà; non così la seconda che dichiara non potersi ripetere ciò che è stato pagato anticipatamente.

In Roma colui che pagava prima del termine anche per errore, e nella ignoranza del termine, non poteva ripetere, perchè l'azione di reclamo di una cosa indebitamente pagata, la *condictio indebiti*, azione di stretto dritto, e non di buona fede, non poteva accordarsi se non a chi rigorosamente avea pagato ciò che non dovea. Ma non era questo il caso di un debitore a termine, il quale è al presente debitore, soggetto ad una obbligazione da oggi perfetta. Pothier (n. 230) riproducendo questa dottrina, dice « chi ha promesso sotto condizione non è debitore... d'on-

de segue che se per errore egli pagasse innanzi la condizione, potrebbe ripetere ciò che ha pagato. Al contrario, chi deve a termine è realmente debitore, e ciò che egli pagasse prima del termine non potrebbe ripeterlo, avendo pagato ciò che realmente doveva ».

Ma il nostro articolo intende negare che si ripeta assolutamente e senza riguardo fra chi ha liberamente pagato con conoscenza di causa, e chi ha ignorato il termine? Non dubitiamo di rispondere del nò, mentre la decisione opposta sarebbe certamente contraria non solo ai principî dell'equità, ma altresì allo spirito generale del nostro dritto moderno, e all'intendimento dei compilatori dell'articolo.

573. Quando alla morte di mio padre io trovo un testamento che mi incarica di pagare immediatamente 20,000 franchi a Paolo, e posciachè glieli ho pagato ne rinvengo un altro che rivocando il primo mi accorda due anni per pagare a Paolo quella somma, non ho io procurato a costui un vantaggio maggiore di quello che gli era realmente dovuto, avendo egli avuto di più l'interesse del denaro per due anni, cioè 2,000 franchi? La legge romana, non ostante le sottigliezze spesso inique del suo *strictum jus*, riconosceva questa verità, avvegnachè se il pagar troppo tardi importa pagar meno, *minus solvit qui tardius solvit*, il pagar troppo presto vale pagar di più. Ora se la legge romana non tien ragione di questo principio d'equità nei suoi contratti *strictis juris*, che importa a noi che riconosciamo soltanto *contratti bonæ fidei*; e mentre la legge dichiara che tutte le convenzioni debbano eseguirsi di buona fede (art. 1134 (1088)).

I principî generali del nostro dritto giustificano il senso dato da noi al nostro articolo. Ma anche i compilatori pensarono c[...] Imperciocchè avanti il Corpo legislativo [...]ratore del Governo diceva su questo a[rti]colo, che « se il debitore ha *liberam[ente]* soddisfatto anticipatamente alla sua obb[li]gazione, non sarebbe giusto *dargli fac[oltà]* di domandarne la ripetizione » (Fenet, XI[II], pag. 244).

È dunque certo che il nostro artic[olo] intende parlare del solo debitore che [ab]bia pagato rinunziando al termine che co[...] conosceva; i compilatori ebbero riprodo[tto] semplicemente la frase di Pothier, perchè [la] proposizione di questo scrittore (che abbra[c]ciava il caso di errore, soltanto per il ra[p]porto con la proposizione scritta nel pr[e]cedente paragrafo per l'obbligazione con[di]zionale) diveniva capace di un senso [più] largo, essendo isolata com'è nel Codic[e].

574. Fa meraviglia che nessun scrit[to]re che noi conosciamo abbia ancora st[a]bilito questo punto di dritto. Bousquet (n. 5 sopra l'articolo) e Toullier (VI, 67[...]) sembra che intendano l'articolo nel nostro senso, ma anzichè darne *alcuna ragione*, essi nemmeno si spiegano *positivamente*. Delvincourt decide come *il dritto romano* e Pothier, non potersi *ripetere*. Duranton (XI, 113) tratta la quistione a lungo risolvendola come noi, ma sebbene la decida in dritto, non la *discute* che secondo l'equità; di modo che basterebbe rispondergli: « l'articolo può essere *cattivo com'è* il paragrafo 3 dell'art. 1182 (1135), ma infine è la legge: *dura lex, scripta tamen* », Dalloz (cap. IV, sez. 3, n. 16) analizza solo le due contrarie sentenze di Duranton e di Delvincourt, ma non ci dà la sua; Zachariæ e i suoi annotatori (II, p. 308, nota 5) lasciano come Dalloz indecisa la quistione. Duvergier nelle sue note sopra Toullier non ne fa parola.

1187 (1140). — Il termine si presume sempre stipulato a favore del debitore, quando non risulti dalla stipulazione o dalle circostanze che siasi convenuto egualmente a favore del creditore.*

* Quando il giorno stabilito per fare una data cosa è festivo, si può farla nel dì seguente. C. S. di Napoli, 27 sett. 1826.

15. Il termine può essere stipulato nello resse del solo debitore, o nello interes- comune del debitore e del creditore, ell'unico interesse del creditore. Quegli di cui esclusivo vantaggio è stato sti- ato qualunque dritto, potendo sempre unziarvi, ne segue, che se il termine posto per il debitore, questi può costrin- re il creditore a riceversi il pagamento ima del termine; se è posto per il cre- tore questi costringerà il debitore al pagamento; ma se il termine è posto nello interesse dei contraenti, non si può prevenire che col consenso dell'uno e dell'altro. Il termine per l'indole stessa delle cose si reputa sempre di pieno dritto posto per il solo debitore, e di conseguenza al creditore che pretende diversamente, spetta la prova, o coi termini stessi della convenzione, o per l'indole della convenzione, o con altre circostanze.

1188 (1141). — Il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, quando si è reso decotto, o quando per fatto proprio ha determinato la cautela che aveva date col contratto al suo creditore.*

SOMMARIO

I. *Il debitore perde il beneficio del termine 1° per il suo fallimento o la sua decozione; 2° quando egli sminuisce le garenzie date, o non dà quelle promesse.*

II. *Gli è pur così per i crediti ipotecari.*

III. *Il creditore innanzi il termine posto può prendere tutti i provvedimenti conservatori. Distinzione a farsi sulla quistione se egli possa far condannare al presente il debitore onde pagare al termine posto.*

I. — 576. Il nostro articolo fa due eccezioni alla regola che il debitore non può esser costretto da eseguire prima del termine (tranne che questo non sia stipulato nell'interesse unico del creditore, come nel deposito). Il debito a termine diviene immediatamente esigibile 1° quando il debitore fallisce o divien decotto, sebbene nol dica il nostro articolo; 2° quando egli ha scemato le garenzie date al creditore, o non dà quelle promesse.

Diciamo che il debito a termine può esigersi tanto nella decozione, che nel fallimento.

La decozione in fatti è la ruina del debitore non commerciante, mentre il fallimento è lo stato del commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti (artic. 437 (429) Codice commerciale). Ora un commerciante non può continuare più i suoi pagamenti, e quindi è in istato di fallimento, sebbene possa ancora pagare, mentre la insolventezza rende decotto il non commerciante. Dunque *a fortiori* deve alla decozione applicarsi il nostro articolo. Dippiù l'art. 1913 (1785) dichiara che il fallimento o la *decozione* del debitore renda esigibile anche i capitali delle rendite perpetue, quali secondo il dritto comune non possono venir richiesti, il che è molto più grave che lo affrettare soltanto uno adempimento che avrebbe potuto richiedersi appresso.

È pertanto certo che nel *fallimento* si è voluto qui comprendere tanto il fallimento propriamente detto, quanto il fallimento del non commerciante, ossia la decozione. Cioè tanto più certo che positivamente fu detto nella discussione del consiglio di Stato: « Si può fallire senza essere negoziante, diceva Treilhard; in vero il fallimento allora chiamasi *decozione*; ma essendo una la cosa, non importa il nome » (Fenet, pag. 69). Diciamo pure che lo scemare le sicurezze promesse nel contratto partorirebbe lo stesso effetto che lo scemar quelle che si fossero date, *Eadem ratio, idem jus*; e l'art. 1912 (1784) permette che si ri-

* Un debito pagabile a rate, diventa esigibile nella totalità, se i beni del debitore siano soggetti ad espropria. C. S. di Napoli. 3 mar. 1833.

chieda il rimborso d'una rendita perpetua quando il debitore non ha dato le garenzie promesse (Conf. Pau, 3 luglio 1807).

Del resto, il debitore che ha scemato col suo fatto le garenzie date, sarebbe decaduto dal beneficio del termine, sebbene di nuove ne offrisse, avvegnachè non sia degno di confidenza, e il creditore abbia troppo giusta ragione di temere che delle garenzie novelle avverrebbe lo stesso che delle prime. Quanto al caso in cui le garenzie sieno scemate senza il fatto del debitore *vedete* la spiegazione degli articoli 2020, 2131 (1892, 2017).

II. — 577. Tanto per il fallimento o la decozione, quanto per la mancanza delle garenzie date o promesse, tutti i crediti divengono esigibili, compresivi gli ipotecari, nè il nostro articolo nè l'art. 444 (436) C. comm. (448 antico) fanno distinzione. Dopo lunga discussione nella quale parecchi membri del consiglio di Stato chiedevano che si eccettuassero dalla regola del nostro articolo i crediti ipotecari, l'artic. fu adottato senza restrizione, essendosi riconosciuto che col sistema contrario sarebbe molto difficile il render liquidi questi diversi crediti (Fenet, XIII, p. 68-70).

Si era giudicato nel 1811 (Bruxelles) che il creditore ipotecario non può immediatamente domandare la espropriazione dell'immobile ipotecato, ma la posteriore giurisprudenza ha rigettato con ragi questo sistema (1).

L'articolo 123 Codice procedura (2 indica varie circostanze per le quali il bitore incorre pure nella decadenza. queste cause di decadenza sono stati per il termine di *grazia*, e bisognerebbe quindi guardarsi dallo estenderli al termine convenzionale che ha necessariamente una maggior forza.

III. — 578. Ben si comprende che creditore può, quando il debitore conserva il beneficio del suo termine, prendere tutti i provvedimenti conservatori del suo credito, imperocchè questo drillo è dato dalla legge al semplice creditore condizionale a quello di cui è incerto ancora il credito. Il creditore a termine potrebbe dunque chiedere in giudizio il riconoscimento e la verificazione della scrittura. Ma potrebbe inoltre chiedere una sentenza che condannasse ora il debitore a pagare al termine posto? Noi crediamo con Toullier (XI. 666) e Dalloz (cap. IV, sez. 3, n. 6) che una tal condanna dovrebbe esser negata in generale, ma pronunziarsi se il debitore si comportasse *siffattamente* col suo creditore, da far sospettare della sua buona fede, e dello adempimento della sua obbligazione. La Corte suprema ha così giudicato con una decisione di rigetto del 14 messidoro anno XIII.

SEZIONE III.

DELLE OBBLIGAZIONI ALTERNATIVE

1189 (1142). — Chi ha contratto una *obbligazione alternativa*, se ne libera col consegnare una delle due cose comprese nella obbligazione.

579. L'obbligazione alternativa è quella di cui il debitore può liberarsi consegnando una o altra cosa. « Io vi darò il mio cavallo o il mio bue; vi pagherò 1,000 franchi o farò quel viaggio per voi; — farò quella fabbrica o vi abbandonerò il mio podere, ovvero vi pagherò 100,000 franchi ». Il nostro articolo adunque si pone sotto un aspetto molto stretto dicendo che il debitore sarà liberato *col consegnare una delle cose*; avvegnachè una delle cose della obbligazione, o ciascuna di esse può essere o il compimento di un fatto, o lo astenersi da un fatto. Bisognava dire

(1) Bordeaux, 22 ott. 1827; Rouen, 22 febbraro 1844, mantenuto in cassazione il 10 marzo 1845 (Devill., 45, 1, 601).

più generalmente *col consegnare una delle cose comprese nella obbligazione*.

La scelta della consegna a fare può essere o del debitore o del creditore ; ma in principio appartiene al debitore, come vedremo col seguente articolo, ed al creditore quando si è espressamente detto.

Sebbene l'obbligazione di cui è parola, presenti alternativamente più prestazioni, si vede che in fondo una sola di esse è veramente l'oggetto della obbligazione: non vi è che un oggetto, ma esso è incerto, può esser questo o quell' altro fino alla scelta , e secondo che essa sarà fatta da colui cui appartiene. Fatta la quale scelta retroagirà al giorno stesso della convenzione , e l'obbligazione si riterrà non avere avuto altro oggetto che lo scelto. Questo oggetto in fatti o ciascuno degli altri è stato dovuto fin dal principio con questa condizione : *se desso sia scelto*. Dunque avendomi dato in proprietà il vostro naviglio o la vostra casa, quell'una delle due cose che sarà scelta, mi sarà appartenuta *ab origine*, e il mio credito sarà e sarà stato sempre, o mobiliare se io ricevo il naviglio, o immobiliare se la casa.

1190 (1143).—La scelta appartiene al debitore , se non è stata espressamente accordata al creditore.

580. Poichè la libertà delle persone è il dritto comune, e le obbligazioni, i legami delle persone ne sono una derogazione, deve meglio restringersi che estendersi la obbligazione ; e di conseguenza essendosi obbligato alcuno a questa cosa o a quell'altra alternativamente, egli deve aver facoltà di liberarsi di quel modo che gli piacerà meglio.*

1191 (1144). — Il debitore può liberarsi, consegnando una delle due cose promesse, ma non può astringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra.

581. Se il debito che ha per oggetti alternativi, cose divisibili, fosse di parecchi debitori (o perchè vi fossero stati sin da principio parecchi debitori , o perchè vi fossero più eredi di un solo debitore) questi vari debitori, ognuno dei quali deve la sua porzione del debito (art. 1220 (1173)), non sarebbero meno obbligati di combinarsi fra loro, acciocchè ognuno desse la sua parte nella medesima cosa. Quando Pietro è tenuto a darmi a suo talento 5 ettari di terra, o 5,000, fr., e lascia cinque eredi, ciascuno di loro avrà il dritto di darmi un sol quinto della cosa , per cui si decideranno , nè io potrò perseguirne un solo per l'intero senza contraffare all'artic. 1220 (1173); ma bisognerà che ciascuno di loro mi dia un quinto della stessa cosa, ognuno 1,000 fr. ovvero un ettaro di un determinato podere , senza di che si violerebbe il nostro articolo 1191 (1144). Anche per uno o più creditori , che avessero la scelta, si applicherebbe pure il nostro articolo. Il che è necessaria conseguenza dell'avere la obbligazione alternativa per oggetto non una parte di quella cosa , o di quell'altra , ma quella cosa per intero, o quell'altra, anche per intero.

Ma se l'obbligazione alternativa avesse per oggetto delle cose da consegnarsi a periodo, come per esempio una rendita annuale di 60 franchi o di una fogliétta di vino , quegli che ne ha la scelta po-

* Vedi Delvincourt, tom. 2, pag. 135; Toullier, tom. 6, n. 686 e seg., Favard, voce *Obbligazione*, sez. 3, § 1, n. 1; Duranton, tom. II, n. 132 e seguenti; Pothier, *Obbligaz.*, n. 245 e seg., e Proudhon, *Usufr.*, tom. 6.

trebbe in ogni anno scegliere una delle due cose. La nostra regola impedirebbe solo che si desse o si domandasse per uno stesso anno trenta franchi, e una foglietta di vino.

1192 (1145). — L'obbligazione alternativa diviene pura e semplice, se una delle due cose promesse non poteva esse soggetto dell'obbligazione.

582. Se ho promesso di darvi 1,000 franchi o una sfinge, fabbricarvi una casa o fare il giro del mondo in otto giorni; consegnarvi il mio podere, o dividere più tardi con voi la eredità di mio padre ancora vivente (art. 1130 (1084)), essendo fisicamente o legalmente impossibile una delle due indicate consegne, nè potendo esser l'oggetto dell'obbligazione, ne consegue che la mia obbligazione ha unico oggetto, e da oggi determinato; alternativo nella forma, ma realmente è semplice.

Il nostro articolo non dovrebbe applicarsi alla lettera a tutti i casi che p no avvenire, dappoichè la forma alter va potrebbe nascondere un' obbligazi semplice, ma radicalmente nulla, fatta clausola penale, similmente nulla. Se av detto: « mi obbligo di pagarvi 10.000 o di uccidere vostro padre da qui al mese » la mia promessa vorrebbe dir « vi prometto di uccidere vostro padre e non attenendo la promessa, vi pagherò 10,000, fr. ». La obbligazione sarebbe dunque nulla giusta i termini dell'articolo 1227 (1180).

1193 (1146). — L'obbligazione alternativa diviene pura e semplice se una delle due cose promesse perisce, e non può più essere consegnata, quand'anche ciò accada per colpa del debitore.

Il prezzo di questa cosa non può essere offerto in suo luogo.

Se ambedue le cose son perite, ed il debitore sia in colpa riguardo ad una di esse, egli dee pagare il prezzo di quella che fu l'ultima a perire.

583. Quest' articolo parla soltanto dei casi ordinari, nei quali la scelta è del debitore, essendo diverse le regole per il caso in cui la scelta sarebbe del creditore.

L'articolo ci dice dapprima; che l'obbligazione diventa pura e semplice, cioè non è più alternativa (sarebbe meglio dire *semplice*, e lasciare alle parole *pura e semplice* il loro significato ordinario di *non condizionale*) quando l'una delle cose perisce, e non può essere più consegnata, ciò accada o non per colpa del debitore. — Evvi un pleonasmo da correggere, leggendo « perisce, o non può essere più consegnata per un' altra causa ». Ciò difatti fu detto al Corpo legislativo dall' oratore del Governo (Fenet, XIII, 246, § 4).

La proposizione così modificata dovrà pure intendersi in un senso più lato di quello che porgono i suoi termini; bisogna dire « quando una delle consegne (supposto che sieno due) non può più farsi, quando in somma l'obbligazione ha soltanto *un oggetto possibile* ».

Se vi ho promesso il mio cavallo, il mio bue, il mio asino, e poi ho ammazzato il bue, e venduto il cavallo, io non posso darvi che l'asino.

Se vi ho promesso di fare quel viaggio alle Antille in quel tempo, o di pagarvi 20,000 fr., e al tempo posto una malattia mi impedisce, la mia obbligazione non può avere altro oggetto che i 20,000 fr. Nè importa che per mia colpa l'obbligazione abbia solo un oggetto possibile, avvegnachè fosse mia la scelta della cosa da consegnare o da fare. Ero libero di uccidere o vendere due dei tre animali promessivi alternativamente, riserbandovi il terzo, dappoichè avrei potuto scegliere quest'ultimo, essendo pure tutti e tre rimasti disponibili.

584. Dacchè la impossibilità di procurare una delle due (o due delle tre) cose com-

se nella obbligazione, rende la obbligazione semplice, e la riduce all'unico oggetto che resta, parrebbe che la distruzione di esso avvenuta di poi senza colpa del debitore, dovesse liberare costui (articolo 1302 (1256)), quand'anche la prima fosse divenuta impossibile a procurarsi per sua colpa. Eppure non vuole così il nostro secondo paragrafo, il quale dichiara tenuto il debitore del prezzo della cosa che ultima è perita, essendo egli in colpa per una delle due, non importa quale.

Se alternativamente vi ho promesso il mio cavallo o il mio bue, ed ho volontariamente ucciso questo, e l'altro è morto per caso fortuito, io sarei tenuto al prezzo del cavallo.

La legge vuole che il debitore il quale abbia distrutto volontariamente uno dei due animali, renda semplice la obbligazione a suo rischio e pericolo, e si soggetti a dar l'equivalente della seconda cosa se venisse anche a perire. In fatti egli è giusto che il debitore non possa distruggere a suo talento gli eventi che la convenzione offriva al creditore; se la perdita fortuita di uno degli animali facea che l'altro divenisse oggetto dell'obbligazione, la distruzione volontaria di esso non dovea render nulla la obbligazione. Se non che sarebbe stato più conforme ai principî, che allora si desse al creditore, non il prezzo della cosa che è perita ultima, ma il prezzo di quella per cui il debitore è in colpa, poichè se questa non vi fosse stata, il creditore l'avrebbe ottenuta.

585. Quando la seconda cosa è perita per colpa del debitore, non importa come la prima sia perita, conviene allora che il debitore paghi il prezzo della seconda; ma fa uopo aggiungere che oltre il prezzo, potrebbe essere anche tenuto ad una certa somma, col titolo di danni ed interessi.

Se le cose fossero perite entrambe per caso fortuito, il debitore sarebbe liberato (art. 1302, 1195 (1256, 1148)).

1194 (1147). — Quando nei casi preveduti nel precedente articolo la scelta era stata accordata nella convenzione al creditore; o una soltanto delle cose è perita, ed allora, se ciò è accaduto senza colpa del debitore, il creditore dee ricevere quella che resta; se il debitore è in colpa, il creditore può chiedere la cosa rimasta, o il prezzo della cosa perita; o ambedue le cose sono perite, ed allora, se il debitore è in colpa relativamente ad ambedue, o anche ad una sola, il creditore può dimandare il prezzo dell'una o dell'altra, a sua elezione.

586. Per il caso in cui la scelta è del creditore, il presente articolo pone quattro regole, l'ultima delle quali soltanto sembra poco conforme ai principî.

È naturale che il creditore, quando una delle due cose perisca per caso fortuito, sia costretto a prendere l'altra: non può esservi più scelta, essendovi un solo oggetto, e la perdita dell'altro non essendo imputabile ad alcuno. Se al contrario, per colpa d'un debitore manchi una delle cose, mette bene che il creditore possa scegliere fra l'oggetto che resta, e il valore di quello che è tolto per malizia o negligenza. È del pari molto ragionevole, quando manchino tutte e due le cose, che il creditore scelga fra i due valori, se la perdita di entrambe possa imputarsi al debitore. Ma quando per colpa del debitore si è perduta una delle due, e l'altra è perita per caso fortuito, il creditore secondo i principî non avrebbe dovuto pretendere che il prezzo di quella perduta per colpa del debitore, dappoichè senza di questa egli l'avrebbe avuta.

Del resto *statuit lex*; nè crediamo che dall'essere questa regola alquanto difforme dai principî, si possa inferire che la cosa sarebbe diversa, se invece di colpa propriamente detta, vi fosse stato un fatto innocente. Dalla cura onde il legislatore ha previsto tutti i possibili casi nei nostri due, e nel seguente articolo, ben si dimostra aver voluto qui dare una teoria

completa che comprenda tutte le ipotesi; e ha distinto sempre *la colpa* e la mancanza *della colpa*, per aver compreso con quell'unica parola, e la colpa propriamente detta, e il semplice fatto.

587. In ciò che abbiam detto sotto l'articolo precedente e dagli esempi stessi dati, si è potuto osservare che nelle parole del Codice di *cose perite* (espressione molto stretta perchè doveano comprendersi tutti i casi in cui diventi impossibile qualunque consegna) noi facciamo rientrare l'alienazione della cosa promessa. Infatti, l'alienazione rende impossibile la consegna della cosa, e deve quindi pareggiarsi alla perdita di essa avvenuta per colpa del debitore.

Ma non sarà così, quando il creditore fosse divenuto prima dell'alienazione proprietario della cosa alienata, e questa sia un immobile. Allorchè Pietro che avea promesso darmi il suo naviglio o la sua casa, vende questa posciachè il naviglio è perito, la obbligazione per la perdita dell'una avendo l'altro per unico oggetto, io sono stato quindi proprietario di essa, e posso rivendicarla.—Se io creditore avessi dovuto scegliere fra la casa e il naviglio, potrei rivendicare quando la casa fosse stata alienata, il naviglio che ancora esistesse: allora in fatti io era proprietario di quella cosa che volessi scegliere, della casa sotto la condizione che la sceglierei; la mia scelta retroagisce, e me ne fa proprietario dal giorno stesso del contratto.

588. Quanto ai mobili, sappiamo che l'art. 2279 (2185) infrangerebbe la proprietà del creditore, e impedirebbe la rivendica.

1195 (1148).—Se le due cose son perite senza colpa del debitore, e prima che egli fosse in mora, l'obbligazione è estinta in conformità dell'articolo 1256 (1209).

589. In questa regola che si rapporta tanto al caso in cui la scelta è del creditore, quanto a quello in cui è del debitore, si applica il principio dell'art. 1302 (1256). Era del resto poco utile aggiungere alle parole: *senza colpa del debitore*, queste altre: *e prima che egli fosse in mora*, dappoichè la mora, *il ritardo* di eseguire è una colpa: *qui in mora est, culpa non vacat*. È necessario qui riportarci agli sviluppamenti che daremo sotto l'art. 1302 (1256).

1196 (1149). — Gli stessi principî si applicano ai casi nei quali più di due cose sono comprese nella obbligazione alternativa.

590. Di leggieri si comprende, e noi lo abbiam fatto comprendere colla spiegazione dei varî articoli, che le regole di questa sezione sono scritte per tutti i casi in cui diversi oggetti, qual che ne sia il numero, si debbano alternativamente, e in maniera che un solo alla fine debba darsi al creditore.

Innanzi di passare alla seguente sezione, dobbiamo ripetere qui un'osservazione, già da noi fatta nel principio del quarto capitolo, e che tende a notare la differenza fra le obbligazioni alternative, e le *facultative* di cui non si parla nel nostro capitolo, sebbene il trattato di Pothier ne discorra nell'art. precedente, in quello cioè delle obbligazioni alternative (n. 243-244), e sebbene i testi del Codice ne presentino più casi (Vedi specialmente art. 891-1681 (811-1527)).

591. L'obbligazione facultativa è quella che ha un solo oggetto, e della quale il debitore può sdebitarsi dandone un altro. Quando noi conveniamo che mi dovete il vostro cavallo inglese, tranne che non vogliate pagarmi piuttosto 6,000 franchi, l'obbligazione è semplice nel suo oggetto che è unicamente il cavallo; ma voi siete facultato a sdebitarvi senza eseguire direttamente la obbligazione, e pagandomi una somma di danaro, che qui non è un secondo oggetto dell'obbligazione, ma *in facultate solutionis*.

L'obbligazione facultativa avendo un solo

oggetto, ne segue 1° che se l'oggetto è fuori commercio, l'obbligazione sarebbe nulla per mancanza di oggetto: così sarebbe valida se avessi detto: « mi obbligo a consegnarvi un Ciclope, o 10,000 fr. », perchè essendo impossibile una delle cose, resta l'altra su cui versa la obbligazione diventata semplice (articolo 1192 (1145)); ma sarebbe invece nulla, se avessi soltanto promesso il Ciclope come unico oggetto del mio debito, riserbandomi la facoltà di dare invece 10,000 franchi; 2° che la natura mobiliare o immobiliare dell'obbligazione è immediatamente determinata dalla natura dell'unico oggetto; promettendovi di rilasciarvi la mia casa, tranne che non preferisca pagarvi 30,000 franchi, il vostro credito è immobiliare; e pagandovi i 30,000 fr. io soddisfo sempre un debito immobiliare; 3° che il creditore non può mai domandare che una cosa, mentre nell'obbligazione alternativa deve badare (tranne che da lui non dipenda la scelta) di non domandare questa, piuttosto che quell'altra cosa, ma di chiedere il pagamento dell'una o dell'altra; 4° infine, che se l'unico oggetto vien meno per caso fortuito, l'obbligazione è estinta, mentrechè sussisterebbe sempre, se la seconda cosa fosse stata uno degli oggetti alternativi del debito (art. 1193 (1146)).

SEZIONE IV.

DELLE OBBLIGAZIONI SOLIDALI.

592. La classe delle obbligazioni solidali non appartiene alla divisione principale, come la classe delle obbligazioni condizionali (opposte alle obbligazioni pure e semplici), quella delle obbligazioni a termine (opposte alle obbligazioni attualmente esigibili), e quella delle obbligazioni alternative (opposte alle obbligazioni semplici, e a quelle facultative). Essa è piuttosto un membro di una *suddivisione*, e per aver qui una esatta classificazione, è necessario risalire più in là che il testo del Codice.

Infatti l'obbligazione *solidale* (che è quella nella quale più creditori, o più debitori sono congiunti, di tal modo che uno fra essi abbia dritto di chiedere il tutto, e può essere costretto a pagare il tutto) si oppone naturalmente all'obbligazione nella quale più creditori o più debitori son similmente congiunti, ma non in solido, e in modo che ciascun creditore non possa domandare al debitore, o che ciascun debitore non sia tenuto di pagare al creditore, che la sua parte del debito. *L'obbligazione* in solido è una delle specie della obbligazione *congiunta*, la quale è pure una specie della obbligazione che presenta più creditori o più debitori, e può genericamente chiamarsi obbligazione *moltiplice*. Difatti possono esservi più creditori o più debitori i quali anzichè congiuntamente, son tali disgiuntamente, cioè alternamente: come allorchè un testatore incarica l'erede di pagare una somma a Pietro o a Paolo a sua scelta. — Infine, l'obbligazione moltiplice sta di contro all'obbligazione semplice o *unica*, cioè quella che ha un sol creditore e un sol debitore.

Così le obbligazioni riguardate per il numero dei creditori e dei debitori, dividonsi 1° in obbligazioni uniche ed obbligazioni moltiplici. L'obbligazione moltiplice si suddivide in disgiunte e congiunte, secondo che i creditori o i debitori son tali alternamente, ovvero tutti nel medesimo tempo. Da ultimo l'obbligazione congiunta è ora congiunta propriamente e semplicemente, ora in solido.

Nella obbligazione semplicemente congiunta in cui ciascuno dei creditori può domandare la sola sua parte, e ciascuno dei debitori è tenuto a pagare la sua parte, la divisione si fa in altrettante porzioni quanti i creditori; ma il titolo costitutivo potrebbe stabilire parti ineguali fra i diversi interessati.

593. L'obbligazione in solido, secondo il già detto, è quella in cui tutto l'oggetto (*solidum*) può in virtù del titolo costitutivo o di una disposizione formale della legge esser domandato da uno dei concreditori o ad uno dei condebitori, salvo dopo il pagamento la divisione del guadagno o del denaro pagato fra tutti gl'interessati.

Questa obbligazione solidale si suddivide in perfetta ed imperfetta (distinzione importante come vedremo per la intelligenza di alcuni casi). La solidarietà perfetta o propriamente detta è quella che produce tutti gli effetti indicati dalla legge, di modo che non solo assoggetta ciascun dei debitori ad esser perseguito dal creditore per tutto il debito, ma ancora li rende associati e mandatarî gli uni degli altri ad *conservandam obligationem*; per esempio il creditore interrompendo la prescrizione contro uno di loro, la interromperebbe anche contro gli altri. La solidarietà imperfetta è quella che obbliga ciascuno dei debitori all'intero debito, ma non perciò gli uni rappresentano gli altri, nè il creditore quindi può allegare contro l'uno la interruzione di prescrizione che ha fatto contro l'altro, nè possono applicarsi la più parte delle altre regole della nostra sezione. Si potrebbe dire con una espressione di Dumoulin, che il debitore tenuto nel solido perfetto *in totum et totaliter*, è allora tenuto soltanto *in totum* ma *non totaliter*, non con le circostanze che incontreremo nei seguenti articoli.

Avremo esempî di solidarietà imperfetta sotto gli artic. 1201, 1202 (1154, 1155). Del resto usando senza altro la parola solidarietà, parliamo in generale della perfetta.

594. Non bisogna confondere l'obbligazione solidale con l'obbligazione indivisibile di cui si occuperà la seguente sezione. Se nella obbligazione indivisibile l'oggetto può domandarsi intero ad un solo dei condebitori, gli è unicamente perchè non può dividersi; mentre nella obbligazione solidale l'oggetto può domandarsi intero sebbene sia perfettamente divisibile, come per esempio, una somma determinata. Così mentre morto uno dei debitori della obbligazione indivisibile, ognuno dei suoi eredi può essere tenuto per l'intero e non per una parte, avvegnachè l'oggetto della obbligazione non ammetta parti nella obbligazione solidale; ognuno degli eredi del condebitore defunto potrà esser tenuto soltanto alla sua parte ereditaria. Imperciocchè l'obbligazione solidale rimane perfettamente divisibile, e quindi morto uno dei debitori si divide di pieno dritto fra i suoi eredi, e bisogna perseguirli tutti insieme quando si voglia ottenere il fine, che si poteva conseguire con un solo dei condebitori primitivi (articolo 1217-1219, 1249, par. 2° (1170-1192, 1202)).

595. La solidarietà tra i *creditori* è più rara, il che ben si comprende perchè non offre altro vantaggio che di render facile il pagamento del credito, permettendo a ciascuno degli interessati di far per l'intero credito i procedimenti che avrebbe potuto fare soltanto per la sua parte. Al contrario, la solidarietà fra i debitori è molto più frequente perchè offre una grande garenzia al creditore permettendogli di perseguire ciascuno obbligato per l'intero. Quest'ultima solidarietà è quella che deriva di pieno dritto dalle disposizioni del Codice; la prima non esiste mai se non quando è scritta nel titolo costitutivo del credito.

§ — 1. *Della solidarietà fra i creditori.*

1197 (1150). — L'obbligazione è *solidale* tra più creditori, quando il titolo espressamente attribuisce a ciascun di essi il dritto di chiedere il pagamento dell'intero credito: ed il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore, ancorchè l'utile della obbligazione si possa dividere e ripartire tra i diversi creditori.

596. Le espressioni del nostro articolo « *ancorchè* l'utile della obbligazione si possa dividere e ripartire fra i diversi creditori » sembrano indicare un caso ecce-

zionale; invece è il caso ordinario, come si dimostrerà col 2° par. del seguente articolo; e Duranton che nel suo *Trattato dei contratti* (II, 542) avea insegnato che l'utile del credito può dividersi fra i diversi creditori, ha riconosciuto nel suo *Corso di dritto* (II, 172) che nel Codice civile sia falsa questa regola del dritto romano.

Pothier che scriveva sotto l'impero delle idee romane, oggi dal Codice rigettate, dava come esempio della obbligazione solidale quella che nascerebbe da un testamento, che dicesse : « il mio erede darà 100 franchi al Carmine o ai Giacobini a sua scelta. Ma, non ostante il contrario avviso di Duranton (II, n. 165, 166), non è questo un caso di solidarietà fra creditori; dappoichè vi sarà al postutto un sol creditore che sarà a scelta dell'erede, o il convento del Carmine, o quello dei Giacobini. Questo erede perseguito da uno dei convenuti potrà dirgli non dovere a lui nulla e voler dare la somma all'altro. È questa l'obbligazione alternativa (non per l'oggetto, ma per il soggetto) da noi sopra notata col nome di obbligazione moltiplice *disgiunta*. Or se i creditori non sono anche congiunti, come volete voi sieno solidali?

È pur vero che oltre il caso indicato da Pothier, altri ve ne possono essere in cui l' utile non potrebbe nemmeno dividersi fra creditori, e dovrebbe appartenere ad un solo. A render più facile il pagamento dei 10,000 franchi promessivi stipulo che potrà al termine posto richiedersi o da me o da Pietro; questi, sebbene creditore nella forma e in ordine a voi, non lo è in realtà e nei suoi rapporti con me; l'intera somma deve tornare a un solo, quand'anche fosse pagato a Pietro. Ma non è questo il caso più ordinario; la divisione dell' utile fra i diversi creditori è di dritto comune, ed è eccezione che si attribuisca ad un solo.

1198 (1151).—Il debitore ha la scelta di pagare o all'uno o all'altro dei creditori solidali, quando non sia stato prevenuto da uno di essi con giudiziale domanda.

Ciò nondimeno la remissione del debito fatta da un solo dei creditori solidali non libera il debitore se non per la porzione di tal creditore.

597. Essendo ciascuno dei creditori solidali il rappresentante degli altri, ne derivano due conseguenze: 1° che il debitore innanzi di esser perseguito può pagare a chi gli piacerà, essendo ognuno capace a ricevere l' intero ; 2° che allorchè uno dei creditori ha fatto i suoi procedimenti, il debitore dovrà fare a lui il pagamento, nè potrà evitare la sua azione col dichiarare che egli vuol pagare ad un altro , poichè il creditore può agire in nome di tutti.

Pothier (n. 260-4) decideva che la rimessione del debito fatta da un sol creditore estinguesse interamente il debito, riproducendo la regola romana che era conseguenza delle parole sagramentali della rimessione. *Acceptumne habes?* diceva il debitore, e rispondevagli il creditore; *acceptum habeo*. Ove il creditore che ha qualità di ricever tutto, abbia riconosciuto di aver tutto ricevuto, il debitore era liberato per l'intero: *acceptilatione unius tota solvitur obligatio* (*Instit.*, lib. III, tit. 29, 1; *Dig.* lib. 45, tit. 2). Noi non abbiamo più parole sagramentali, non più sottigliezze che contraddicano ai veri principî d' equità e di giustizia, e il concreditore, assoluto padrone per la sua parte, non è altro per le porzioni dei cointeressati che un semplice mandatario, e non potrebbe nuocere ai dritti dei suoi mandanti.

598. La rimessione fatta dal creditore ha effetto per la sua porzione,come dice espressamente il nostro secondo paragrafo. — Così anche se egli consentisse una novazione; essendo manifesto che il mandato per ricevere un debito, non trae il dritto di mutarlo in altro debito.— Crediamo esser pure il medesimo nella compensazione , non ostante che Duranton pensi altrimenti (XI, 178), avvegnachè io non possa com-

pensare con un mandante ciò che mi è dovuto dal suo mandatario (art. 1294 (1248)). Così anche per la confusione, cioè per il caso in cui il debitore è diventato erede di uno dei creditori, o viceversa; dappoichè la confusione produce il suo effetto soltanto pei dritti attivi o passivi propri delle persone di cui l'una succede all'altra (artic. 1209, 1301 (1162, 1255)). — Ma nonostante la contraria dottrina di Duranton (n. 179), la sentenza ottenuta dal debi contro uno dei creditori sarebbe sec do noi efficace per l' intero credito: p chè essa è profferita contro tutti i c ditori rappresentati da chi è incaricato agire per tutti; ma se il creditore per c lusione si fosse lasciato condannare, i c creditori potrebbero far annullare la se tenza con la opposizione di terzo.

1199 (1152). — Qualunque atto che interrompe la prescrizione relativamente ad uno dei creditori solidali, giova egualmen agli altri creditori.

599. Ogni creditore che è il mandatario legale degli altri, interrompe la prescrizione per lo vantaggio suo non che dei suoi mandanti. Ma bisogna guardarsi dall' inferirne, come fa Duranton (XI, 180), che il sospendere la prescrizione in vantaggio di un creditore gioverebbe similmente agli altri (art. 2252 (2158)). È naturale che un mandante possa invoc gli atti compiti dal mandatario che ag sce per lui; ma non può affatto sostene che egli potesse anche pretendere i ben fici che derivano al mandatario dalla m nore età, o dalla interdizione di lui. La idea di Duranton è stata rigettata dagli scrittori, e dalla giurisprudenza (1).

§ — 2. *Della solidarietà fra i debitori.*

1200 (1153). — L'obbligazione è *solidale* per parte dei debitori, quando essi sono obbligati ad una medesima cosa, in maniera che ciascheduno possa essere astretto per l' intero, e che il pagamento eseguito da un solo liberi gli altri verso il creditore.

1201 (1154). — L'obbligazione può esser solidale ancorchè uno dei debitori sia obbligato in modo diverso dall'altro al pagamento della medesima cosa: per esempio, se l'uno è obbligato condizionalmente, mentre l' obbligazione dell' altro è pura e semplice; ovvero se l'uno abbia preso un termine a pagare, che non è accordato all'altro.

SOMMARIO

I. Osservazioni sul testo dei due articoli.
II. La solidarietà deriva dagli impegni che più debitori assumono successivamente e con atti separati. Secondo i casi è perfetta o imperfetta. Errore di Duranton e di Zachariæ.

I. — 600. Ad alcune osservazioni sul testo di questi articoli faremo seguire lo esame di una quistione molto controversa dagli scrittori.

E dapprima, la definizione dell' obbligazione solidale data dall'art. 1200 (1153) troppo vaga e non ben determinata, converrebbe tanto all'obbligazione indivisibile che alla obbligazione solidale, avvegnachè nell' una come nell' altra ciascun debitore possa esser costretto per l'intero, e il pagamento fatto da uno liberi i suoi condebitori.

Dalla spiegazione data sul principio della

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Prescrizione*, sezione I, § 7); Troplong (*Prescriz.*, II, n. 739); Rig., leg. civ., 30 marzo 1814; Rig., 5 dic. 1826; Req., 23 febbraro 1832 (Devill., 32, 1, 537).

sezione abbiamo veduto che affin di non confondere queste due specie di obbligazioni, bisogna distinguere se ciascun debitore sia per l'intero tenuto, o per la dichiarazione del titolo costitutivo, o della legge, o soltanto per l'indole della cosa dovuta.

Semplicissima è la disposizione dell'articolo 1201 (1154): sebbene si debba una sola cosa, pure essendovi più debitori, più legami, o almeno un legame che stringa più persone; queste diverse persone posson esser tenute alla cosa in modo diverso, l'una a termine, immediatamente l'altra, questa sotto condizione, puramente quella. — Avendo noi convenuto che Pietro e Paolo mi dovranno in solido 800 franchi, ma l' ultimo con un termine di tre mesi, io posso perseguir solo Pietro nei tre mesi; e soltanto scorso il termine potrò a mia scelta dirigermi o contro l'uno, o contro l'altro. Avendo detto che Pietro mi dovrà 800 franchi, e se quel naviglio ritorni me ne sarà pur debitore Paolo in solido con quello, il debito di Paolo e il solido esistono condizionatamente; vi sarà obbligazione in solido se il naviglio ritorni, se nò, un debito puro e semplice, unico; Pietrò solo sarà tenuto.

II. — 601. Ma se il solido può derivare anche immediatamente dallo impegno che due debitori assumono in modo diverso, potrebbe pure derivare dall'impegno che assumono i debitori successivamente e con due atti distinti? Pietro si è obbligato il 1° luglio a pagarmi 800 franchi in un dato tempo; il 10 luglio Paolo sottoscrive la obbligazione di pagarmi i medesimi 800 franchi dovutimi da Pietro; son l'uno e l'altro condebitori solidali? Tal quistione risoluta da Toullier nel modo più esatto, e anche da Delvincourt, ch'ebbe il torto di non determinare abbastanza le sue idee, ha oggidì fatto venire fuori alcune falsissime idee da parte di Duranton e Zachariæ. Il primo (XI-188), la cui dottrina fu trovata razionale da Dalloz (sez. V, artic. 1, num. 12), fa una distinzione per la quale vi sarebbe o no il solido, secondo che al primo si riferisca o pur nò il secondo atto. Zachariae (II, pag. 260, nota 2) insegna che non solo non vi sia allora obbligazione in solido, ma nemmeno una obbligazione moltiplice, che vi sieno tante obbligazioni uniche e indipendenti, quanti sono gli atti.

Sì l'una che l'altra dottrina non può ammettersi.

E primieramente, la distinzione di Duranton a nulla giova nè riguarda la quistione. Secondo lui il solido esisterà o no, secondo che la seconda promessa si riferisca o no alla prima. Ma se la seconda non si riferisca alla prima, non potrebbe farsi nemmeno la controversia che vuol troncare Duranton. Perchè possa darsi luogo alla quistione, se Pietro e Paolo sieno o no debitori in solido, è necessario che il secondo atto dichiari che gli 800 franchi promessimi da Paolo sono appunto i medesimi promessi già da Pietro con l'atto primo, e a cui egli è sempre tenuto; cotalchè io posso domandarli a quale dei due vorrò, e pagando l'uno, l'altro vien liberato. Bisogna che ciò bene s'intenda. Imperciocchè, da una mano se Paolo mi avesse promesso 800 fr., non riferendosi alla promessa anteriore di Pietro, io allora avrei due crediti di 800 franchi per uno, nè si potrebbe far quistione se vi sia solido. Dall'altra mano, se la seconda promessa si riferisca alla prima, ma in modo che gli 800 franchi saran dovuti da Paolo *invece di Pietro*, non si potrebbe nemmeno parlare di solido poichè avrei un sol debitore. È necessario pertanto perchè si possa far la quistione, se i due debitori sieno o no solidali, che la seconda promessa si rapporti alla prima, tanto che costituisca i due promettenti nello stesso tempo debitori del medesimo oggetto. La distinzione proposta da Duranton, e che sembra così razionale a Dalloz. è di nessun rilievo per isciogliere la quistione.

La decisione di Zachariae non è meno strana della distinzione di Duranton. Quando l'oggetto dovutomi da Paolo è quello appunto dovutomi da Pietro, e consegnandomelo l'uno, l'altro ne vien liberato e si estingue il debito, io ho un sol credito,

ma più debitori. Or se vi ha un sol credito, o un sol debito, e più debitori, vi è dunque una obbligazione multiplice. Ora in quale specie rientra questa obbligazione multiplice? Non è una obbligazione semplicemente congiunta, avvegnachè ciascun debitore non debba soltanto una porzione, ma lo intero. Quindi è una obbligazione solidale. Zachariae si appoggia sulla legge 12 *de duobus reis* (lib. 45, tit. 2) che non può affatto applicarsi da noi. Questa legge prevedendo una obbligazione verbale, cioè contratta con stipulazione, dice, che se uno stipulante interroga due persone, e l'una risponda sull'istante, l'altra la dimani, non vi saranno due condebitori, perchè non sarebbe obbligato chi secondo prometta. Infatti era dell' essenza della stipulazione, che la risposta seguisse la domanda senza interruzione: *continuus actus stipulantis et promittentis esse debet... si post interrogationem aliud agere coeperit, nihil proderit quamvis eadem die spopondisset* (L. 45 tit. 1, l. 137). Secondo questo principio la legge invocata da Zachariae diceva; *ne obligatum quidem intelligi eum qui postera die responderat, cum actor ad alia negotia discesserit.* Zachariae confessa che la regola romana da lui invocata non potrebbe dimostrare la sua tesi, poichè essa diceva che il secondo promettente *non sia punto obbligato*, mentre egli riconosce che lo sia da noi. Ma se è obbligato, vi son due debitori per lo stesso debito; il debito è dunque multiplice; e siccome non è un debito soltanto congiunto, è quindi un debito solidale.

Così vi è allora solidarietà, imperocchè Pietro è tenuto in solido, e similmente Paolo; potendo io domandare l' intero a quello dei due che mi piacesse, e il pagamento dell'uno libererà l'altro.—Ma non è la solidarietà perfetta propriamente detta; e Zachariae, e Duranton, che non ebbero ben distinte le due specie di solidarietà, non videro esser questa una obbligazione multiplice e in solido; e invece han messo fuori idee così strane. Non è questa la solidalità perfetta che il Codice ci presenta, e che rende i condebitori [illegible] datari gli uni degli altri. Così, sebb[ene] l'art. 1206 (1159) dichiari che le dom[an]de giudiziali contro uno dei debitor[i so]lidali, interrompano la prescrizione [per] tutti; quella diretta in quel caso dal c[re]ditore contro Paolo, non fermerebbe [la] prescrizione che corre in vantaggio di P[ie]tro il quale non ha dato verun mand[ato] a Paolo, e forse non lo conosce, e in[con]sapevole lui si è forse obbligato allo s[tes]so debito.

È dunque questo un caso di solidar[ietà] imperfetta, come aveva benissimo com[pre]so Toullier, dicendoci (VI, 723) che [se] i debitori debbono obbligarsi *ad un [tem]po, e col medesimo atto*, per cos[tituire] *una solidarietà* PERFETTA; e se uno [si ob]blighi in solido la dimani alla cos[a pro]messa il giorno innanzi da un altro, [esi]sterà fra loro una *solidarietà imperf[etta]*. Anche Delvincourt, dichiarando che [nel] caso previsto vi fosse solidalità, non [in]tendeva parlare di quella perfetta. dappoichè dava a questa solidarietà lo effetto di *obbligare ciascun debitore allo intero debito*, senza discorrere nè di società, nè di mandato.

602. Del resto la solidalità propriamente detta potrebbe anche esistere fra le due persone che si sono obbligate con intervallo, e con atti distinti; purchè Pietro abbia dichiarato anticipatamente di obbligarsi in solido con Paolo, ovvero il primo obbligato dichiari, posciachè Paolo si è soggettato alla solidarietà, che anche egli vi si sottopone con quello.—In breve, vi sarà obbligazione solidale propriamente detta, quando varî obbligati abbiano voluto soggettarsi di comun consenso alla solidalità.—Toullier avea anche ciò compreso, dicendo, che la solidalità perfetta non deriverebbe dall'impegno di colui che la dimani di un' obbligazione contratta in solido da più persone, concorra pure alla obbligazione *senza ordine* di quelle.—Toullier intende dunque che coll' ordine, colla volontà, col consenso del primo obbligato, esisterebbe fra lui e il secondo una perfetta solidalità, sebbene l' uno si

se obbligato la dimani, e con un atto teriore.

Che monta il numero degli atti e il tempo in cui son fatti? Se in fine i varì obbligati son di accordo fra loro per essere mandatari gli uni degli altri, e hanno su dichiarato la loro reciproca volontà, tal convenzione deve essere efficace, e quindi evvi perfetta solidalità. Se ciascuno di essi si è obbligato allo intero, ma non mettendosi in società, questa convenzione deve recarsi pure in atto, e allora, come si è veduto, evvi imperfetta solidarietà. Questa sola è la distinzione da fare.

1202 (1155). — La solidità non si preme, ma debbe essere stipulata.

Questa regola non cessa, fuorchè nei casi ne' quali la solidità ha luogo *ipso jure* per disposizione della legge.*

SOMMARIO

I. *La solidalità qui può risultare, o da un titolo o dalla legge. Nell' un caso la espressione non è affatto sacramentale, nè vuol essere speciale. Errore di Duranton.*

II. *Solidalità legale. L'art.* 55 (51 M) *che la pronunzia pei reati e i delitti, non estendesi nè ai quasi-delitti, nè alle contravvenzioni.*

I.—603. Abbiamo già detto che la solidità fra i debitori può derivare o dal titolo costitutivo, o dalla legge, e quella fra creditori risulta sempre dal titolo, e non può mai esistere di pieno dritto. Ma per esprimere questa idea non bisognerebbe dire con Duranton (Somm. del numero 184, e § 3, del n. 194) che la solidalità può essere qui *convenzionale*, o legale, mentre nell' altro caso potrebbe solo esistere con una *convenzione*, avvegnachè la solidalità possa esistere fuori i casi in cui avviene di pieno dritto, senza derivar perciò da una convenzione; potendo venir costituita per testamento.

Non è necessario, perchè nel titolo si formi la solidalità, che si usino le parole *in solido*, *solidale*; il nostro articolo, che come l'articolo 1197 (1150) vuol sia espressa la stipulazione della solidalità, non dice che debba esprimersi in questo o in quel modo: ripetiamo qui quel che dicemmo per la dispensa della collazione, che la espressione non deve essere nè sacramentale, nè speciale. — Non sacramentale; e la solidarietà sarà abbastanza espressa, se si sarà detto che le parti si obbligano *ciascuna per l'intero*, *l'una per l'altra*, ecc. Non speciale; basta che i giudici del fatto, interpreti dell'atto scorgano nel suo contesto l'intendimento di costituire la solidalità (1).

II.—604. Fra gli altri casi di solidalità legale, vi sono quelli degli articoli 396, 1033, 1448, 1887, (318, 988, 1412, 1759), ecc., ed anche quello dell'art. 55 (51 M) Cod. pen. Conforme quest' ultimo gli autori dei reati e dei delitti (ma non quelli delle semplici contravvenzioni), son tenuti in solido delle ammende, restituzioni, danni-interessi, e spese a cui son condannati: essendosi congiunti per mal fare, la legge li congiunge per riparare il mal fatto, non distinguendo, come male ha fatto una decisione di Bordeaux del 16 febbraro 1829, se le condanne si sieno proffe-rite dai tribunali criminali, ovvero dai tribunali civili.

Ma non sarebbe il medesimo per gli atti che chiamansi *delitti* in materia civile, e che formano coi quasi-delitti la quinta e quarta sorgente di obbligazioni. I delitti civili, come vedremo nel capitolo secondo del secondo titolo, non sono gli atti che si chiamano delitti in materia criminale. — Senza fallo la maggior parte dei

* Dacchè in un giudicato non s'indica la quota di ciascun debitore, non però ne segue che debbono tutti essere tenuti in solido. C. S. di Napoli 9 luglio 1833.

(1) Grenoble, 20 genn. 1830; Rig., 9 gen. 1838 (Devill., 30, 2, 133; 38, 1, 746).

delitti criminali, sono pur delitti civili; ma vi ha delitti criminali che non sono civili, e viceversa, molti delitti civili che non sono criminali. Or quantunque i diversi autori di uno stato civile, sono per l'indole stessa delle cose, responsabili ciascuno per l'intero (poichè ciascuno ha cagionato col fatto, e coll'intenzione l'intero danno) pure non esistendo nè titolo, nè legge che li renda debitori in solido, non potranno essere governati colle regole della solidalità perfetta : egli non saranno rappresentanti e mandatarî gli uni degli altri, quindi la dimanda giudiziale contro uno, non interromperebbe la prescrizione contro tutti (art. 1206 (1159)); la dimanda d'interessi proposta contro uno, non farebbe correre gl'interessi contro gli altri (art. 1207 (1160)), ed uno potrebbe anche allegare il beneficio della divisione (articolo 1263 (1156)).

Qui dunque, come nel n. II dello art. 1201 (1154) evvi un caso, in cui ciascun debitore è tenuto per l'intero, ma non col solido propriamente detto; e le molte decisioni, che nel caso che trattiamo hanno ammessa la solidalità, riguardano una solidalità imperfetta, e che non produce tutti gli effetti accennati nella nostra sezione (1).

605. Duranton (XI-194), come noi riconosce che l'art. 55 (51 M) Cod. penale vieti del tutto d'estendere la solidarietà agli autori dei quasi-delitti; al contrario insegna doversi tal disposizione applicarsi alle semplici contravvenzioni, come ai reati, ai delitti. Noi non sapremmo abbracciare cotesta idea già rigettata da Toullier (XI-151) con tal precisione ed energia che il dotto professore di Parigi avrebbe senz'altro dovuto aderirvi. Noi crediamo, dice Duranton, che la parola *delitto* nello art. 55 (51 M) sia un'espressione forte che applichi pure alle semplici contravvenzioni»; ma di ciò non dà alcuna ragione.—Però Toullier avea bene osservato non potersi ammettere questo significato generico; imperocchè il Codice penale, posta in principio la distinzione capitale dei reati, dei delitti, e delle contravvenzioni (art. 1 (2)) tratta dei reati o dei delitti in ciascuno dei capitoli dei tre primi libri (ove è posto l'artic. 55 (51 M)), e nel quarto poi tratta delle contravvenzioni; e lo stesso art. 55 (51 M) non dichiara tenuti in *solido*, che « gli individui condannati. *per uno stesso reato*, *o per uno stesso delitto* ». Così l'articolo prevede distintamente i due casi, senza aggiungere il terzo; e il testo non che il luogo ove è collocato, rendono impossibile l'idea di Duranton. Si vuol forse parlare d'analogia? ma, oltrechè non esiste (poichè i reati e i delitti son cose più gravi e degni di maggior pena che le contravvenzioni o i quasi delitti) Duranton ci dice nel medesimo num. 194 che « pronunziare per analogia, sarebbe il medesimo che aggiungere alla legge appunto in una materia, in cui è vietato che si estendano le sue disposizioni ».

1203 (1156).—Il creditore di una obbligazione solidale può rivolgersi contra quello de' debitori che gli piaccia di scegliere senza che il debitore possa opporgli il beneficio della divisione.

606. Taluni giureconsulti stimavano un tempo che il debitore solidale potesse allegare il beneficio di divisione, cioè rimandare il creditore cui pagava la sua parte del debito, a chiedere il resto dagli altri debitori, dovendo egli pagar l'intero quando costoro fossero insolvibili. I nostri compilatori movendo dall'idea che l'obbligato è tenuto all'intero *et totaliter*, che è incaricato di rispondere alle domande giudiziali in nome di tutti i suoi condebitori, sanzionano qui la opinione di Pothier (n. 270)

(1) Nancy, 18 mag. 1827; Parigi, 26 febbr. 1829; Rig., 20 febbr. 1836; Rig., 8 nov. 1836; Rig., 12 nov. 1837; Bordeaux, 9 febbr. 1839; Rig., 29 gennaro 1840 (Devill. e Car., 36, 1, 293 e 801; 37, 1, 964; 39, 2, 499; 40, 1, 369).

negando espressamente al debitore il beneficio della divisione. Ciò non toglie che il debitore perseguito per lo intero, chiami in garenzia tutti i condebitori, come questi potrebbero intervenire non chiamati da lui (Bordeaux, 19 agosto 1826).

1204 (1157). — Le istanze giudiziali fatte contro uno de' debitori non tolgono al creditore il diritto di farne delle simili contro gli altri.

607. Le dimande giudiziali dirette contro uno dei debitori non estinguono le obbligazioni, finchè non sia fatto il pagamento; sussistendo l'obbligazione, ognuno dei debitori è tenuto all'intero, e quindi è in facoltà del creditore di non più perseguire il primo, e rivolgersi contro gli altri (Pothier, n. 271).

1205 (1158). — Se la cosa dovuta è perita per colpa, e durante la mora di uno o più debitori solidali, gli altri condebitori non vengono discaricati dall'obbligo di pagarne il prezzo; ma questi non sono tenuti ai danni ed agli interessi.

Il creditore può ripetere soltanto i danni e gl'interessi tanto da' debitori, per colpa de' quali la cosa è perita, quanto da coloro che erano in mora.

608. In principio, la perdita del corpo certo che formava l'oggetto della obbligazione, purchè sia avvenuta senza colpa e fatto del debitore (ed anche prima d'esser posto in mora, essendo anche la mora una colpa) estingue il debito (articolo 1302 (1256)). Or il fatto e la colpa di uno di parecchi debitori, essendo estranei agli altri pei quali son casi fortuiti, ne segue che nei casi ordinarî la perdita della cosa, anche per colpa di uno dei debitori, farà liberi i condebitori.

Pareggiamo qui la colpa e il fatto. Invero il semplice fatto della persona se non può far sorgere una obbligazione contro di lei, non può estinguere almeno la sua precedente obbligazione, e un debitore vien liberato per la perdita della cosa se è perita senza colpa e fatto di lui cioè per caso fortuito. Il Codice nel nostro articolo, come negli art. 1173-1195 (1146-1148) e nello art. 1302 (1256) comprende il semplice fatto sotto il nome di colpa. Di che è prova l'ultimo art. 1302 (1256), il luogo della materia; poichè fa vedere che la colpa, quale esso la intende, esiste sempre che non vi sia caso fortuito.

Nei casi ordinarî di obbligazione congiunta, la perdita della cosa per fatto o colpa di uno degli obbligati libera i coobbligati, ma il nostro articolo dispone altrimenti per il caso in cui la obbligazione è in solido. Essendo ognuno dei debitori in solido il rappresentante degli altri *ad perpetuandam obligationem*, il legislatore ne inferisce con Pothier, che la perdita avvenuta per colpa o fatto di uno di loro, lascerà sussistere contro tutti la obbligazione.

609. Del resto, non potendo i condebitori riguardarsi come mandatarî gli uni degli altri anche per accrescere l'obbligazione, ne deriva che i danni-interessi i quali possono aggiungersi alla obbligazione per colpa di colui che fa venir meno la cosa, restano a suo proprio carico, e non son dovuti dai condebitori suoi mandanti, (Pothier, ibid.).

Non sarebbe così se i danni-interessi fossero stati stipulati formalmente nel contratto riguardo alla colpa o al fatto, perchè allora sarebbe una clausola penale stabilita per il tal caso previsto, avveratosi il quale non sarebbe cresciuta l'obbligazione contratta; imponendo il debito a tutti i contraenti non si eccederebbero i limiti del contratto, nè si violerebbe la regola che il mandato esiste soltanto *ad perpetuandam obligationem e non ad augendam*. Questa soluzione data da Pothier (ibid., paragr. ultimo) è tanto meno dubbia, quanto noi vedremo che il Codice ne fa applicazione nello artic. 1207 (1160) per gli interessi moratorî di somme determinate, i quali essendo danni-interessi stabi-

liti anticipatamente dalla legge (art. 1153 (1107)) sono considerati come una clausola penale compresa tacitamente ne[l con]tratto.

1206 (1159). — Le domande giudiziali contra uno dei debitori solidali interrompono la prescrizione per tutto.

610. Essendo ognuno dei condebitori solidali mandatario di tutti *ad perpetuandum et conservandum obligationem*, le dimande giudiziali dirette contro un solo fermava la prescrizione tanto contro gli altri che contro lui stesso, e sarebbe il medesimo se il debito fosse stato da lui riconosciuto (art. 2249 parag. 1 (2155)).

Se l'interruzione anzichè compiersi per uno dei condebitori, si compisse per uno erede di un condebitore, sorge da ciò [che] abbiam detto nel principio della se[zione] che essendosi diviso fra gli eredi de[l de]funto il debito tuttochè solidale, l'inter[ru]zione varrebbe contro gli altri debitori [per] quella parte per cui l'erede rappresenta [il] defunto. Per interrompersi l'intero de[bito] sarebbe necessario, che la interruz[ione] fosse contro tutti gli eredi del conde[bitore] defunto (art. 2249 par. 2, 3 e 4 (2155)).

1207 (1160). — La domanda degl'interessi proposta contra uno dei debitori solidali, fa correre gl'interessi per tu[tti].

611. Tal regola non deriva da che mettendosi in mora uno dei debitori solidali vi si mettono pure gli altri, e tutti son tenuti ai danni-interessi. In vero ciò importerebbe che ognuno dei condebitori sia mandatario degli altri anche *ad augendam obligationem*; idea che, come abbiam veduto nell'art. 1205 (1158), il Codice dopo Pothier ha rigettato. Il nostro articolo trova la sua ragione in ciò che gl' interessi del denaro nelle obbligazioni di somme essendo i danni-interessi stipulati *anticipatamente* dalla legge, vi ha per essi una clausola penale tacitamente stipulata, di modo che il loro debito quando dee pagarsi, non eccede i limiti della primitiva convenzione e può estendersi a tutti i debitori per la mora di un solo, senza [con]traffare al principio che il *debitore* [messo] in mora era solo mandatario *ad* [*perpe*]*tuandam et conservandam obligation*[*em*].

La domanda d'interessi che si fa con[tro] un solo debitore essendo legalmente fa[tta] contro tutti, ne segue che se uno degli altri sia obbligato sotto condizione o a ter[mine], egli non sarebbe meno tenuto agli interessi, scorso che sia il termine o com[piu]pita la condizione. Difatti la domanda si è fatta e ha prodotto il suo effetto sì contro lui che contro gli altri, salvo il beneficio della condizione o del termine, cioè che gl'interessi incominceranno a correre scorso il termine o avverata la condizione.

1208 (1161). — Il condebitore solidale convenuto dal creditore può opporre tutte le eccezioni che risultano dalla natura della obbligazione, tutte quelle che sono a lui personali, e quelle pure che son comuni a tutti gli altri condebitori.

Non può opporre le eccezioni che sono puramente personali ad alcuno degli altri condebitori.*

* Se di due debitori solidali uno deferisca al creditore il giuramento decisorio sul pagamento degl'interessi, perchè questa eccezione diventi comune all'altro debitore, bisogna che costui l'abbia opposta ai termini dell'art. 1161 LL. CC., e non avendole fatto, non può dolersi di non essersi provveduto nel suo interesse, tanto più se ha domandato che la causa sia giudicata sopra i documenti prodotti. C. S. di Napoli, 8 agosto 1846.

— La riduzione degl' interessi ottenuta da uno de' correi solidali per effetto di giudicato debbe giovare agli altri, benchè non presenti in giudizio. C. S. di Napoli, 3 luglio 1849.

SOMMARIO

Fu mal compilato l'articolo con cui si volle stabilire e rendere completa l'antica dottrina di Pothier.
Vi sono due classi di eccezioni cioè le comuni e le personali.
III. Queste ultime si suddividono in personali e puramente personali.

I.—612. I compilatori del Codice nello ivere questo articolo pare non abbiano uto dir nulla, nè pur scorto le difficoltà e doveano qui risolvere.

opiati i cinque precedenti articoli dai nu-ri 270 273 di Pothier (eccettone l'ar-olo 1207 (1160) che si rapporta agl'in-essi di cui non parlò Pothier, non essen-permessi a suo tempo) e innanzi di ingere ai numeri 276 e seguenti che ranno similmente copiati negli artico-1209, 1210, ec. (1162, 1163, ec.) i ostri compilatori vollero certamente ri-odurre col nostro articolo 1208 (1161) ò che diceva Pothier nei suoi num. 274 275.

Questi due numeri contengono le se-uenti cinque proposizioni: « 1° il pagamento itto da uno dei debitori libera tutti gli ltri; — 2° quando il condebitore ha op-osto al creditore la compensazione, es-endo questi suo debitore per una somma guale all'ammontare del credito (artico-o 1289 (1243)), i condebitori son simil-nente liberati con questa compensazione non meno che da un pagamento reale;— 3° se il creditore a cui uno dei debitori poteva opporre la compensazione abbia di-retto la sua domanda contro un altro de-bitore, è quistione molto delicata se co-stui a cui nulla deve il creditore, fosse facultato ad opporgli la compensazione non per l'intero ma per la parte del debito che ha il primo condebitore, creditore del creditore. Il dritto romano diceva di nò, Domat di sì; ma in somma l'affermativa, sebbene molto dubbia, devesi seguire nella pratica onde sfuggire un circolo di azio-ni; — 4° la remissione fatta dal creditore per estinguere l'intero debito, anche fatta ad uno de'debitori, libera tutti;—5° se il creditore abbia voluto rimettere la sua porzione ad un sol debitore, gli altri restano obbligati, dedotta però la parte del primo, quand' anche il creditore avesse detto di voler conservare l'intero suo credito contro di loro ». (Segue poi una sesta decisione riprodotta con qualche modificazione dal Codice nell'art. 1215 (1168)).

Così i condebitori solidali, a fin di liberarsi interamente, possono opporre ai creditori: 1° il pagamento fatto da uno di loro; 2° la compensazione opposta da uno di loro al creditore che si fosse rivolto contro di lui; 3° la rimessione che il creditore avesse fatto assolutamente, sebbene ad un solo dei debitori. Ei possono egualmente opporgli, ma, solo per iscemare il loro debito in solido fino alla concorrenza della parte del condebitore; 1° la compensazione che il condebitore non perseguito potrebbe opporre al creditore; 2° la remissione consentita dal creditore ad uno dei debitori.

Ecco in breve quali sono le decisioni di Pothier sanzionate, e fatte complete pei principî più larghi dettati dal nostro articolo.

Sventuratamente i compilatori volendo rendere generali le regole, ragguagliate a casi speciali dal celebre giureconsulto, scrissero una formola così vaga che sarebbe molto difficile se non impossibile, il coglierne il senso stando al loro testo.

613. L'articolo divide in tre classi tutti i mezzi, detti impropriamente *eccezioni*, con cui i debitori possono respingere l'azione del creditore: ciò sono: 1° quelle che risultano dalla natura delle obbligazioni; 2° quelle che sono personali ad un debitore; 3° quelle che son comuni a tutti. A noi sembra poco logica questa divisione che *ragionevole* fu detta dal Demante (II, 567); avvegnachè la prima clas-

se secondo noi rientri necessariamente nelle altre due. Infatti, quand'anche un vizio cardinale che attacca nella sua stessa essenza la obbligazione, la renda nulla, come lo errore o la violenza, tal vizio è esistito, o ad un tempo per ciascuno dei debitori, cotal che sarebbe comune a tutti la eccezione, o veramente per un solo o per alcuni, cotal che l'eccezione sarebbe personale a costoro. Se con Duranton (XI, 220, § 3) si vogliano chiamare *eccezioni che risultano dalla natura della obbligazione* quelle relative ad un vizio che necessariamente produce il suo effetto per tutti i debitori, come la mancanza di causa o di oggetto lecito (sebbene i vizi di errore e di violenza non meno che questi si riferiscano alla natura della obbligazione) queste eccezioni rientreranno tutte nella terza classe, e saranno comuni ai diversi debitori.

Che che si faccia sembra a noi impossibile, distinte le eccezioni che son personali ad alcuni debitori, e quelle che son comuni a tutti, che vi sia una terza classe da aggiungere alle prime. Zachariae (II, p. 268, 269) ne ammette due; Toullier (VI-737) che dapprima le ammetteva tutte e tre, riproducendo alla lettera il testo del nostro articolo (§ 1 e 2), suppose infine esservene due, e la prima comprendersi nella terza, poichè presenta appunto come esempio di quest'ultima (§ 3) le obbligazioni *contrarie alla legge ed a' buoni costumi*, il che dovrebbe certamente essere una eccezione che risulta dalla natura della obbligazione.

II. — 614. Vi sono dunque due casi di eccezioni; le assolute, generali, *comuni;* le relative, particolari, *personali*.

Le prime comprendono 1° la non esistenza o la nullità dell'intera obbligazione per mancanza di causa o causa illecita; mancanza di oggetto, oggetto illecito o fuori commercio; 2° il pagamento fatto o direttamente o per equivalente (mercè una dazione in pagamento, una novazione, la compensazione opposta dal debitore perseguito); 3° la remissione dell'intero debito consentita dal creditore; 4° la prescrizione compiuta; 5° il compiersi d'una condizi solutiva, ovvero d'una condizione sosp che si riferisca alla obbligazione m ma, ecc.

Le seconde risulteranno da cause ciali ad un condebitore: 1° il com della condizione sospensiva stipulata tanto per lui; 2° la rimessione della parte fattagli dal creditore; 3° il p mento, la novazione, la dazione in p mento che il creditore avrebbe acce per parte di lui (art. 1211 (1164 anche la compensazione che il condeb potrebbe opporre finchè non sia opp da lui (art. 1294, § 3 (1248); 4° la canza di consenso per errore, violen dolo del creditore; 5° l'incapacità del debitore per la minore età, la interdizio ne, ecc.

III. — 615. Le varie eccezioni pre non debbono esser tutte pareggiate nostro articolo non esprime chiara la distinzione che il secondo paragrafo bra indicare fra le eccezioni *personali* *sensu*) e le eccezioni *puramente personali*.

Queste ultime son quelle esclusivamente proprie di uno dei condebitori, e che non possono dagli altri invocarsi: le eccezioni personali in un senso men rigoroso sono quelle che uno degli obbligati può opporre per l'intero, ma che, come spiegava Pothier, possono allegarsi dai coobbligati per la parte rispettiva del debito. Così se di quattro obbligati per un debito di 8.000 fr., uno sia minore, egli solo potrà invocare il beneficio della sua minore età, che è eccezione puramente personale, e ciascuno degli altri tre potrà esser costretto a pagar l'intero. — Ma se, essendo capaci tutti e quattro, il creditore abbia fatto la rimessione del debito soltanto riguardo ad uno, questi potrà solo invocare la eccezione per l'intero debito, ma i suoi condebitori potranno opporla per la parte di debito che quegli deve sostenere, e non saranno più tenuti in *solido* che per 6.000 fr. — Infatti, il creditore assolvendo l'intero debito *riguardo* ad uno degli obbligati, ha assolto *assolutamente*, e per tutti la

te di costui (Pothier, *loc. cit.*, analo- dell'art. 1010 (904)).

616. Ma qual sarà la differenza fra le classi di eccezioni personali? La legge non spiega; ma dall'indole delle cose, lai diversi testi del Codice sembra che alti doversi soltanto avere come puramente personali quelle eccezioni che si attengono *alla qualità del debitore*, e riardano per dir così di rimbalzo la obbgazione, e per effetto di quella qualità; me la incapacità per la qualità di mire, d'interdetto, o di donna maritata, cessione dei beni che alcuno avesse facultà di fare (art. 1068 (1024)).—Da una parte infatti perchè il legislatore faceva nella sua mente questa distinzione, il primo paragrafo mette in una classe a parte le eccezioni che risultano dalla *natura dell' obbligazione*, mentre il secondo parla delle eccezioni puramente personali. Dall'altra parte, i condebitori in solido sono veri fideiussori per la parte di uno di loro nel debito; or l'art. 2036 (1908) vietando anche al fideiussore di opporre le eccezioni puramente personali al debitore principale, permette che egli alleghi tutte le altre che *sono inerenti al debito.*

1209 (1162). — Quando uno de' debiti divenga erede unico del creditore, o ando il creditore divenga l'unico erede di uno de' debitori, la confusione non estingue il credito solidale se non per la quota e porzione del debitore o del creditore.

617. Questa regola tratta dal n. 276 Pothier non è espressa in modo sodsfacente.

Quando il debitore di una cosa ne diene altresì il creditore (o per successioe, o altrimenti), o viceversa il creditore e diventa il debitore, si estinguono il deito e il credito, non potendosi esser deitore o creditore verso se stesso. Se mio io m'era debitore di 1,000 fr. ed io sono l'unico erede di lui, non v'è più nè creditore, nè debito; così parimente se era debitore di quel cavallo ad un amico ed io divengo legatario universale di lui; se mi fossi obbligato con Pietro di fabbricargli una casa, ed egli mi vende, o mi dona tutti i suoi crediti, vien meno l'obbligazione con tutte le sue conseguenze. — Ciò è espresso in modo più generale, e quindi più esatto dall'artic. 1300 (1254) il quale dice, che la confusione che estingue due corrispettivi dritti (attivo e passivo) avviene quando *le qualità di creditore e di debitore* concorrono nella medesima persona. Non importa per qual causa sia avvenuta la sostituzione legale del creditore al debitore, o di questi a quello.

Ma se l' obbligazione stringe in solido più persone, e le qualità che concorrono in una medesima son quelle di creditore, e di semplice *condebitore*, il debito e il credito si estinguono non più per l'intero, ma solo per la parte del debito che dovea sostenere il condebitore; cotalchè il creditore che è sostituito ad uno dei quattro condebitori, o quello dei quattro condebitori che divien creditore, può sempre costringere al pagamento ciascuno degli altri tre, ma soltanto pei tre quarti dello ammontare primo del debito.

Del resto, si comprende di leggieri che si tratta solo della parte del debito, che avea *il debitore*, e non già, come l'articolo dice, della parte « del debitore *o del creditore* ». Invero occupandosi la nostra sezione di obbligazioni che esistono contro più condebitori in vantaggio di un sol creditore, non vi ha *parte del creditore*.—Invece di tal vizio che mostra sempre più la inesattezza del Codice, altro ve n'è nell'art. 1300 (1254) ove si dice che la concorrenza delle due qualità estingue *i due crediti*; dovendosi dire *i due dritti*, attivo e passivo, *il credito e il debito*.

618. Il nostro articolo ha preveduto i casi in cui il condebitore sia surrogato al creditore, o questi a quello *per l'intero* come *unico* erede, e non ha parlato del caso non meno frequente in cui uno diventerebbe in parte rappresentante di un altro. Ma non può esservi difficoltà per

tal caso : poichè la confusione sebbene meno larga si farà sempre cogli stessi principî. Se di tre debitori solidali, uno lascia morendo tre eredi, ed uno di questi è il creditore, la confusione sarà soltanto per $\frac{1}{9}$, di modo che il creditore potrà domandare $\frac{8}{9}$ a questo o a quello degli altri due debitori.

Pietro, Paolo e Giacomo sono a me debitori in solido di 900 franchi; io diventando erede di Giacomo per un terzo insieme con Primo e Secondo, posso domandare a Pietro 800 franchi (salvo la sua azione contro Paolo per 300, contro Primo per 100, e contro Secondo per 100, che formano 500; cotalchè egli paghi il suo terzo, ossia 300 franchi). Così è riguardo a Paolo. — Ciascuno dei miei coeredi non rappresentano come me il debitore defunto che per un terzo; in questo modo non posso altro pretendere da loro che un terzo ossia 300 franchi (salvo a chi ha pagato i 300 fr. il dritto di volgersi contro Pietro e Paolo per ciò che eccede la porzione che si sarebbe dovuta da lui contribuire cioè per 200 franchi, 100 contro Pietro e 100 contro Paolo).

1210 (1163). — Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno de'condebitori, conserva l'azione solidale contro gli altri, dedotta però la porzione del debitore che egli ha liberato dal solido.

619. In questo luogo non si tratta della remissione o esonerazione *del debito* che il creditore farebbe ad uno dei debitori, e della quale abbiam detto sotto l'articolo 1208 (1161), ma della remissione che egli fa soltanto *della solidarietà*. Primo, Secondo e Terzo sono a me debitori in solido di 12,000 franchi; io rinunzio di rivolgermi contro l'ultimo per più di 4,000 franchi, cotalchè egli non è più debitore in solido, ma solo per la sua parte.

Ma poichè il debitore di cui si tratta nel nostro articolo, riman sempre obbligato alla sua parte del debito, e quindi egli è responsabile, come i suoi condebitori, in faccia a colui che potrebbe esser costretto di pagare l'intero, il dritto del creditore di agire contro gli altri debitori non doveva qui restringersi per alcuna ragione o pretesto. Demante tenta indarno (tom. 2, n. 659) di giustificare l'ultima disposizione del nostro articolo che è contraria alla dottrina di Pothier (n. 277). Dice Demante che nella divisione fatta dal creditore, la legge vede lo intendimento di defalcare dal debito in solido la parte del debitore; ma se fosse così, il creditore avrebbe fatto la deduzione e la remissione dello stesso debito per la parte del condebitore, e non già una semplice remissione della solidarietà.

Quest'ultima disposizione del nostro articolo è tanto poco conforme alla ragione, che Delvincourt, Duranton (t. 11, n. 231) e Zachariae (tom. 2, pagina 51, nota 36) non credendo che il Codice senza alcun motivo abbia voluto abbandonare la dottrina di Pothier, insegnano che il nostro articolo intenda solo parlare di una divisione consentita, pagata che avrà realmente il debitore la sua parte, e non già di una rinunzia pura e semplice della solidalità. Ma questo è un errore certo, in cui non si sarebbe certamente incorso se si fossero letti i lavori preparatori, tanto negletti.

620. Infatti il nostro art. 1210 (1163) (che portava allora il n. 112) era scritto in modo da scostarsi sempre più dalla dottrina di Pothier: « Il creditore perde ogni azione solidale *quando consente alla divisione del debito* riguardo ad uno dei debitori; egli è così parimente *quando riceve separatamente la parte* di uno dei debitori, tranne che...» e appresso seguiva un secondo paragrafo. Di certo nel primo caso, quello cioè di un creditore che consente alla divisione, non si alludeva a quella consentita col pagamento reale di una parte del debito, aggiungendosi come distinto il caso in cui il debitore riceve separatamente questa parte. Quando si fece la co-

icazione officiosa al Tribunato; la distin-
e fra due casi, e quel vero che noi
emmo far qui rispiccare, divenne più
abile: « La sezione, leggesi nel pro-
o verbale, si avvisa che nei due casi
isti dal primo paragrafo il creditore
deve perdere la sua azione solida-
. Affinchè meglio si coordinassero gli
coli la disposizione dello articolo 112
nostro articolo 1210 (1163)) parlerà
solo caso in cui il creditore consente
divisione del debito. Sarà collocata
o articolo 113 (oggi articolo 1211
64)) la disposizione che si rapporta al
o in cui il creditore riceve separata-
nte la parte di uno de'debitori » (*Vedi*
iet, tom. XIII, p. 130 e 132).

Dal testo del Codice ben si scorge che
ambiamenti chiesti dal Tribunato furono
.i; e vien provato che se Demante volle a
torto giustificare il nostro articolo, Duranton, Zachariae, ec. ne fraintesero il senso e fecero più male.

Altro rimprovero di tal fatta faremo a questi scrittori, e a Toullier sotto l'articolo 1215 (1168).

Del rimanente, poichè il nostro articolo è certamente contrario ai veri principî, ed altresì all'interesse dei debitori (giacchè rendendosi la remissione di solidarietà più grave per il creditore che non doveva essere, si fa per ciò anche più rara) non bisognerebbe estendere la sua disposizione oltre i suoi termini, e dovrebbe riconoscersi che il creditore conserverebbe il suo dritto di agire per lo intero e senza deduzione, se avesse fatto la remissione della solidarietà con questa espressa riserba.

1211 (1164). — Il creditore che riceve
isa la parte di uno de' debitori senza
erbarsi nella quietanza l'azione solidale,
i suoi diritti in generale, non rinunzia
a solidalità se non per riguardo a tal
bitore.

Non si presume che il creditore abbia
erato il debitore della solidarietà, col
ricever da lui una somma eguale alla porzione che dee, se la quietanza non dichiari che la riceve per la sua quota.

Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta contro uno dei condebitori per la sua quota, se questi non vi abbia aderito, o se non vi sia stata una sentenza di condanna.

621. Il precedente articolo ha parlato
ella espressa remissione della solidarietà;
presente tratta della tacita da cui ven-
ono nè più nè meno i medesimi effetti.

Da due circostanze esce la tacita remis-
ione. Primieramente, quando il creditore
iceve da uno dei debitori una somma
guale alla sua porzione del debito, scri-
endo nella quittanza esser quella la por-
ione del debitore, senza fare veruna ri-
erba. Se il creditore, tuttochè dica di aver
icevuto quella somma *per la parte* del
lebitore, avesse riserbato la sua solidarietà
se non altro in termini generali « sen-
za pregiudizio dei miei dritti, senza nuo-
cere in nulla ai miei dritti, ec. » queste
due dichiarazioni rendendosi reciprocamente
vane, e la rinunzia della solidarietà non
dovendo di leggieri presumersi, la solidarietà non sarebbe rimessa (Pothier, n. 277 § 5, 6, e 7).—La tacita remissione avviene anche quando il creditore essendosi rivolto contro uno dei debitori per la parte di lui, o vi è stata l'adesione di questi, o una sentenza che lo condanni a pagare quella parte. Finchè non si è formato il contratto per l'adesione del debitore, o da una sentenza di condanna non ne è venuto il quasi-contratto giudiziario; la domanda fatta del creditore è inefficace, e può essere ritrattata da lui.

Similmente si comprende che la remissione tacita sarebbe come non avvenuta, se si fosse annullato il contratto consentito per la adesione del debitore, o veramente se vi fosse stata la sentenza di condanna, o in appello o in cassazione, o altramenti.

1212 (1165). — Il creditore che riceve divisa e senza riserva da uno dei condebitori la porzione degli arretrati o degli interessi, non perde l'azione solidale se non per gli arretrati o interessi scaduti, non già per quelli che dovranno maturare, nè per lo capitale ; eccetto se il pagamento così diviso siasi continuato per dieci anni di seguito.

622. Il pagamento d'interessi o di decorsi che il creditore ha confessato ricevere da uno dei debitori *per la parte* di lui e senza riserva, reca in atto, secondo il già detto, la remissione della solidarietà, per gl' interessi corsi che il debitore è stato ammesso a pagare per la sua parte, e non già per gli interessi futuri, ed ancor meno per il capitale. — Se i pagamenti così fatti dal debitore per la sua parte senza alcuna riserva del creditore, si fossero continuati per tanto tempo che basti a prescrivere (che in questo caso è di dieci anni) essendo prescritta per il debitore la solidarietà, il creditore non potrebbe più invocarla contro di lui nè per il capitale nè per gli interessi a correre.

Per applicare cotal regola diciamo esser necessario che il pagamento sia stato ricevuto *per la parte* del debitore, e senza alcuna riserva del creditore. Infatti lo articolo deve certamente spiegarsi coi precedenti, ed è lo stesso principio che vi si applica. Ciò diceva pure Pothier (n. 279).

1213 (1166).—L'obbligazione contratta solidalmente verso il creditore si divide *ipso jure* fra i debitori, ciascun de' quali non è tenuto verso gli altri se non per la propria porzione.

623. Il Codice che negli articoli precedenti si è occupato del dritto di agire del creditore, tratta ora della parte che debbono contribuire fra loro i debitori. Non essendo ciascuno tenuto, assolutamente e oltre i suoi rapporti col creditore, che della sua propria porzione, cioè in ragione del suo interesse personale nella causa della obbligazione, chi ha pagato più della sua porzione, essendo stato per ciò come un mandatario, può rivolgersi per quello che eccede contro gli altri debitori suoi mandanti, o per il capitale o per gl'interessi (art. 2001 (1873)).

Si è preteso alle volte che non potrebbe darsi luogo a tale azione se il debito solidale fosse nato da un delitto (articolo 55 Cod. pen. (51 M)), perchè non si deve trar partito dalla propria turpitudine: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ma dapprima, il nostro dritto non permette che alcuno, e molto meno un condebitore obbligato in solido per effetto di un delitto, si arricchisca coll'altrui danno; ed oltre ciò il debitore il quale ha pagato più della sua parte, non deve per domandare quel che eccede, giovarsi del delitto commesso , ma soltanto del pagamento fatto tanto per conto suo , che del suo condebitore ; e se il delitto per cui sono stati condannati è un fatto vergognoso, di certo il pagamento dei danni-interessi a riparazione del delitto, è un fatto morale, un adempimento di dovere.

1214 (1167). — Il condebitore di un debito solidale, che lo ha pagato per intero, non può ripetere dagli altri se non la quota e porzione di ciascuno.

Se uno di costoro non si trovi solvente, la perdita che ne deriva, si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi, e sopra quello che ha fatto il pagamento*.

* Quando il debito è scaduto, ed il condebitore solidale è insolvibile, non può negarsi al correo il diritto all'indennizzazione sol perchè non ancora si è fatto il pagamento al creditore. C. S. di Napoli, 9 febbr. 1850.

624. Quantunque il condebitore che ha pagato oltre la sua parte, sia di pieno dritto surrogato ai diritti del creditore (articolo 1251-3° (1204-3°)) e quand' anche abbia ottenuto di farglisi surrogare con una espressa convenzione, egli potrà ridomandare a ciascuno de'condebitori la propria porzione, non potendo rivolgersi contro costoro che in quanto ha fatto i loro affari, cioè per la parte a cui ciascuno era obbligato. La contraria sentenza di Toullier (VII, 163) rigettata dal nostro testo e dagli articoli 875, 1213, 2033 (795, 1166, 1905) si oppone anche alla dottrina generale degli scrittori (1).

Il riparto fra tutti i condebitori solvibili delle porzioni dovute da quelli insolventi, deriva dalla associazione stabilita fra tutti dalla legge.

1215 (1168). — Nel caso che il creditore abbia rinunziato all'azione solidale verso uno de' debitori, se uno o più degli altri divenissero non solventi, la porzione di costoro sarà per contributo ripartita tra tutti i debitori, anche fra quelli che dal creditore sono stati precedentemente liberati dalla solidalità.

625. Pothier insegnava (n. 275 *nella fine*) che il creditore il quale rinunzia alla solidarietà per uno dei debitori facea sì, che questi più non fosse costretto a conferire la sua parte del manco cagionato dalla insolventezza degli altri condebitori, e implicitamente obbligavasi a pagar quella parte in luogo di lui, ove ne fosse bisogno.

Il Codice, secondo noi ragionevolmente, non dà un effetto troppo largo a siffatta rinunzia del creditore. Senza fallo, questi può prendere quell'impegno col debitore; e la sua intenzione se risulterà dall'atto, o dalle circostanze, avrà il suo effetto; ma quando si rinunzierà puramente e semplicemente alla solidarietà, resterà tenuto il debitore a contribuire.

Gli scrittori invero hanno negato questa regola del nostro articolo che è così esplicita: Delvincourt, Toullier (VI, 739) Duranton (XI, 224) Zachariae (II, p. 271, nota 37) insegnano che il creditore il quale ha rimesso la solidarietà ad uno dei debitori, debba sostenere la parte che costui dovrebbe pagare per l' altrui insolventezza. Ma tal dottrina non potrebbe sostenersi, quando oltre il testo così formale del Codice, leggesi questo brano anche più formale nella esposizione dei motivi: « Se il creditore divide il debito riguardo ai condebitori, non deve inferirsi che egli abbia turbato le azioni rispettive dei condebitori fra loro. La divisione del debito non ha potuto esser consentita, nè accettata, che salvo il dritto altrui; così *il condebitore* liberato della solidarietà verso il creditore, *ha dovuto conoscere che* egli *doveva ancora adempiere un obbligo riguardo ai suoi condebitori, dove alcuno di loro fosse insolvente* » (Fenet, tom. XIII, pagina 255).

1216 (1169). — Se l'affare per cui fu contratto il debito solidale, non riguardava che uno degli obbligati in solido, questi sarà tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali non saranno considerati altrimenti verso di lui, che come suoi fideiussori.

626. L'obbligazione in solido può riguardare soltanto uno dei coobbligati, e allora rispetto a lui (ma non rispetto al creditore) gli altri sono fideiussori. Quello dei debitori fideiussori che avesse pagato il debito, avrebbe dritto di rivolgersi per lo intero contro il debito principale, ma se questi fosse insolvente, potrebbe altresì rivolgersi contro gli altri obbligati (articolo 2033, 2032-2 (1905, 1094-2)).

(1) Pothier (n. 381); Delvincourt (tom. II); Zachariae (II, p. 271).

1212 (1165). — Il creditore che riceve divisa e senza riserva da uno dei condebitori la porzione degli arretrati o degli interessi, non perde l'azione solidale se non per gli arretrati o interessi scaduti, non già per quelli che dovranno maturar, per lo capitale ; eccetto se il pagam così diviso siasi continuato per dieci di seguito.

622. Il pagamento d'interessi o di decorsi che il creditore ha confessato ricevere da uno dei debitori *per la parte* di lui e senza riserva, reca in atto, secondo il già detto, la remissione della solidarietà, per gl' interessi corsi che il debitore è stato ammesso a pagare per la sua parte, e non già per gli interessi futuri, ed ancor meno per il capitale. — Se i pagamenti così fatti dal debitore per la sua parte senza alcuna riserva del creditore, si fossero continuati per tanto tempo che basti a prescrivere (che in questo caso è di di anni) essendo prescritta per il debitore solidarietà, il creditore non potrebbe invocarla contro di lui nè per il capi nè per gli interessi a correre.

Per applicare cotal regola diciamo ser necessario che il pagamento sia ricevuto *per la parte* del debitore, e za alcuna riserva del creditore. Inf articolo deve certamente spiegarsi co cedenti, ed è lo stesso principio che applica. Ciò diceva pure Pothier (n.

1213 (1166).—L'obbligazione contratta solidalmente verso il creditore si divide *ipso jure* fra i debitori, ciascun de' quali non è tenuto verso gli altri se non p propria porzione.

623. Il Codice che negli articoli precedenti si è occupato del dritto di agire del creditore, tratta ora della parte che debbono contribuire fra loro i debitori. Non essendo ciascuno tenuto, assolutamente e oltre i suoi rapporti col creditore, che della sua propria porzione, cioè in ragione del suo interesse personale nella causa della obbligazione, chi ha pagato più della sua porzione, essendo stato per ciò come un mandatario, può rivolgersi per quello che eccede contro gli altri debitori suoi mandanti, o per il capitale o per gl'interessi (art. 2001 (1873)).

Si è preteso alle volte che non potrebbe darsi luogo a tale azione se il debito solidale fosse nato da un delitto (articolo 55 Cod. pen. (51 M)), perchè non si deve trar partito dalla propria turpitudine: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ma dapprima, il nostro dritto non permette che alcuno, e molto meno un condebitore obbligato in solido per effetto di un delitto, si arricchisca coll'altrui danno: ed oltre ciò il debitore il quale ha pagato più della sua parte, non deve per domandare quel che eccede, giovarsi del delitto commesso, ma soltanto del pagamento fatto tanto per conto suo, che del suo condebitore ; e se il delitto per cui sono stati condannati è un fatto vergognoso, è certo il pagamento dei danni-interessi a riparazione del delitto, è un fatto morale, un adempimento di dovere.

1214 (1167). — Il condebitore di un debito solidale, che lo ha pagato per intero, non può ripetere dagli altri se non la quota e porzione di ciascuno.

Se uno di costoro non si trovi solvente, la perdita che ne deriva, si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi, e sopra quello che ha fatto il pagamento*.

* Quando il debito è scaduto, ed il condebitore solidale è insolvibile, non può negarsi al correo il diritto all'indennizzazione sol perchè non ancora si è fatto il pagamento al creditore. C. S. di Napoli, 9 febbr. 1850.

24. Quantunque il condebitore che ha ato oltre la sua parte, sia di pieno to surrogato ai diritti del creditore (arlo 1251-3° (1204-3°)) e quand'anche ia ottenuto di farglisi surrogare con espressa convenzione, egli potrà ridondare a ciascuno de'condebitori la proa porzione, non potendo rivolgersi concostoro che in quanto ha fatto i loro ıri, cioè per la parte a cui ciascuno era obbligato. La contraria sentenza di Toullier (VII, 163) rigettata dal nostro testo e dagli articoli 875, 1213, 2033 (795, 1166, 1905) si oppone anche alla dottrina generale degli scrittori (1).

Il riparto fra tutti i condebitori solvibili delle porzioni dovute da quelli insolventi, deriva dalla associazione stabilita fra tutti dalla legge.

1215 (1168). — Nel caso che il credi-e abbia rinunziato all'azione solidale veruno de' debitori, se uno o più degli ri divenissero non solventi, la porzione di costoro sarà per contributo ripartita tra tutti i debitori, anche fra quelli che dal creditore sono stati precedentemente liberati dalla solidalità.

625. Pothier insegnava (n. 275 *nella e*) che il creditore il quale rinunzia alla idarietà per uno dei debitori facea sì, e questi più non fosse costretto a confe-e la sua parte del manco cagionato alla insolventezza degli altri condebitori, implicitamente obbligavasi a pagar quella ırte in luogo di lui, ove ne fosse biso-no.

Il Codice, secondo noi ragionevolmente, on dà un effetto troppo largo a siffatta nunzia del creditore. Senza fallo, questi uò prendere quell'impegno col debitore; la sua intenzione se risulterà dall'atto, dalle circostanze, avrà il suo effetto; ma quando si rinunzierà puramente e semplicemente alla solidarietà, resterà tenuto l debitore a contribuire.

Gli scrittori invero hanno negato questa egola del nostro articolo che è così esplicita: Delvincourt, Toullier (VI, 739) Duranton (XI, 224) Zachariae (II, p. 271, nota 37) insegnano che il creditore il quale ha rimesso la solidarietà ad uno dei debitori, debba sostenere la parte che costui dovrebbe pagare per l' altrui insolventezza. Ma tal dottrina non potrebbe sostenersi, quando oltre il testo così formale del Codice, leggesi questo brano anche più formale nella esposizione dei motivi: « Se il creditore divide il debito riguardo ai condebitori, non deve inferirsi che egli abbia turbato le azioni rispettive dei condebitori fra loro. La divisione del debito non ha potuto esser consentita, nè accettata, che salvo il dritto altrui; così *il condebitore* liberato della solidarietà verso il creditore, *ha dovuto conoscere che* egli *doveva ancora adempiere un obbligo riguardo ai suoi condebitori, dove alcuno di loro fosse insolvente* » (Fenet, tom. XIII, pagina 255).

1216 (1169). — Se l'affare per cui fu contratto il debito solidale, non riguardava che uno degli obbligati in solido, questi sarà tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali non saranno considerati altrimenti verso di lui, che come suoi fideiussori.

626. L'obbligazione in solido può riguardare soltanto uno dei coobbligati, e allora rispetto a lui (ma non rispetto al creditore) gli altri sono fideiussori. Quello dei debitori fideiussori che avesse pagato il debito, avrebbe dritto di rivolgersi per lo intero contro il debito principale, ma se questi fosse insolvente, potrebbe altresì rivolgersi contro gli altri obbligati (articolo 2033, 2032-2 (1905, 1094-2)).

(1) Pothier (n. 381); Delvincourt (tom. II); Zachariae (II, p. 274).

Ma giova ripeterlo, gli altri obbligati sono fideiussori soltanto rispetto al debitore cui l'affare riguarda. Liberandosi dunque dal creditore uno dei coobbligati, non deve in principio riguardarsi, qual possa essere la parte effettiva di colui nel debito: tutti rispetto al creditore son tenuti a parti uguali; e le parole *rispetto a lui* furono aggiunte immediatamente « acciocchè si prevenisse, si è detto, ogni dubbio, e si facesse comprendere che rispetto al creditore tutti indistintamente son debitori p[illegible] cipali, e come tali obbligati ». Fenet, [illegible] mo XIII, pag. 156).

Certamente la cosa potrebbe essere [illegible] versa, ma per eccezione, se uscisse [illegible] termini del contratto, ovvero dalle circ[illegible] stanze, che il creditore abbia voluto [illegible] mettere la solidarietà al debitore per q[illegible] la parte reale, maggiore, o minore [illegible] la quale egli sapeva di esser quello r[illegible] mente interessato.

SEZIONE V.

DELLE OBBLIGAZIONI DIVISIBILI E INDIVISIBILI

627. È stata sempre riguardata, e con ragione, per una delle più difficili materie, quella delle obbligazioni divisibili e indivisibili.

Il celebre Dumoulin l'aveva a lungo trattato nella sua *Extricatio labirinthi dividui et individui*; e Pothier, che riproduce le idee di quel sommo giureconsulto (chiamando indistintamente coteste obbligazioni *divisibili-indivisibili,* ovvero *divi-due-individue*) è stato qui, come quasi sempre nel suo *Trattato delle obbligazioni* copiato, e suntato dal Codice. Dumoulin e Pothier erano assai oscuri in più luoghi, e sebbene ciò derivasse spesso dall'indole stessa del soggetto, delle volte anche era cagionato dalle sottigliezze, ed anche dalle contraddizioni (apparenti almeno) non tanto dovute alla natura del soggetto quanto alle moltiplici ed inutili peculiarità o esempî non bene scelti. Pertanto sembra che gl'interpreti del Codice, avrebbero dovuto fare a meno nel lavoro di Dumoulin delle idee non intelligibili e insieme inutili, onde meglio e più nettamente determinare quelle loro spiegazioni che servono a far perfettamente comprendere gli articoli della nostra sezione.

Per mala ventura essi tennero la via contraria. Scoraggiati dalle difficoltà incontrate in Dumoulin e Pothier, e presi alla lettera i testi del Codice, spesso poco esatti, han trovato inintelligibili, non solo talune peculiarità di cui abbiamo parlato, ma anche le regole fondamentali della materia. Toullier (VI, 782) francamente dichiara di non aver chiaramente compreso l'indole delle obbligazioni indivisibili, e più innanzi confessa (n. [illegible]) di non aver potuto scorgere alcuna differenza fra le due classi di obbligazioni che dal Codice son distinte come diverse.

Duranton nol confessa, ma diede nello stesso scoglio; e sebbene ne parli, *come se benissimo comprenda gli articoli della* nostra sezione, crede similmente che rientrino l'una nell'altra le due classi delle sopraccennate obbligazioni (XI, 256).

La nostra materia quindi dopo il Codice, perchè inesattamente interpretata, è anche più difficile di prima. Noi speriamo che, togliendo di mezzo le peculiarità di cui sopra è discorso, faremo ben comprendere le regole della nostra sezione.

628. Dumoulin e Pothier distinguono tre specie di indivisibilità, e non tre classi; ma due soltanto di obbligazioni indivisibili, essendochè la terza specie d'indivisibilità riguarda la maniera di eseguire, non togliendo che l'obbligazione resti divisibile.

La prima indivisibilità avviene *quando* l'oggetto dell'obbligazione non sia capace di veruna divisione, nè *materiale,* nè intellettuale. La seconda avviene quando l'oggetto, sebbene in se stesso divisibile, almeno intellettivamente, sia indivisibile sotto il rapporto con cui le parti contraenti lo han-

indivisibilità *obligatione* con la semplice indivisibilità *solutione tantum*, l' obbligazione indivisibile della seconda specie con l' obbligazione divisibile il di cui adempimento soltanto non può in parte eseguirsi. Ciò serve a mettere in contraddizione il nostro articolo 1218 (1171) secondo il quale è INDIVISIBILE la obbligazione di cui parla, con gli art. 1220, 1221 (1173, 1174) i quali dichiarano che in alcuni casi (e massime se *dal fine propostosi nel contratto* risulti aver voluto i contraenti che il debito non potesse *in parte soddisfarsi*), si potrà agire per l'intero contro un solo debitore per eccezione al principio delle obbligazioni *indivisibili* (articolo 1220 *in fine* (1173), 1221, par. 1 e 5 (1174-1 e 5)).

Bisognava dire: « quando il rapporto sotto cui l'oggetto è riguardato, rende questo e quindi la obbligazione incapace, non solo di *parziale esecuzione*, ma anche di *divisione*...». Leggendo il n. 792 di Toullier ed il n. 256 di Duranton, ben si scorge come essi sieno incorsi nella confusione già notata, perchè, non osservato questo vizio di compilazione, si fermarono alle parole, *esecuzione* parziale.

Onde evitar tal confusione basterà recare due esempi.

II. — 633. Voi mi avete promesso un cavallo di calesse. La vostra obbligazione è certamente divisibile, avvegnachè un cavallo, come sopra abbiam detto, è perfettamente capace di parti giuridiche, di divisione intellettuale, nè si può dire di averlo noi considerato nel nostro contratto come incapace di tale divisione. Ma deriva e dalla cosa stessa che ha fatto l'oggetto del nostro contratto, e dal fine che mi son proposto contraendo con voi, che il nostro debito non potrebbe in parte soddisfarsi. Quindi non vi è nè indivisibilità, *natura*, (art. 1217 (1170)), nè indivisibilità *obligatione* (art. 1218 (1171)); ma indivisibilità *solutione* (art.1221-5° (1174-5°)); il debito non è *indivisibile*, non capace di *divisione nel suo oggetto*, ma lo è di *parziale esecuzione*; e se voi lasciate due eredi, l' uno di essi non potrà sdebitarsi con darmi la metà della proprietà di un cavallo, e l'altro un'altra metà di proprietà di un cavallo: quello dei due a cui mi rivolgo è obbligato a consegnarmi per intero un cavallo. Ma non è questa nella teoria del Codice una obbligazione indivisibile; perchè anzi ella si divide di pieno dritto fra gli eredi del debitore. Se io lascio due eredi, ciascuno di loro sarà creditore per la metà di un cavallo, e non potrà domandare se non questa metà, o a voi se ancora vivete, o ad uno dei vostri eredi. Il debito, sebbene divisibile, non può invero soddisfarsi in parte, e uno dei debitori non ne può pagare la sua parte; ma riman sempre divisibile, e ciascuno dei creditori non ne può pretendere che la sua parte. Ciò venne spiegato chiaramente da Pothier (*passim* e specialmente n. 314) ed anche consacrato dal Codice, poichè dopo aver detto nello art. 1220 (1173) che « gli eredi del creditore non possono ripetere il debito divisibile », e che « gli eredi del debitore non son tenuti di pagarlo che per le porzioni per cui sono obbligati, come rappresentanti il creditore o il debitore » aggiunge nello art. 1221 (1174) che « *questo principio è soggetto ad eccezione* nel caso di cui ci occupiamo e in qualche altro, ma soltanto *riguardo agli eredi del debitore* ».

634. È diversa la cosa quando l'oggetto della obbligazione, invece di non potersi solo soddisfare in parte dai debitori, sia veramente indivisibile se non per sè stesso, almeno nell'intendimento delle parti. Io voglio stabilire una fabbrica per la quale ho bisogno di quel jugero di terreno che voi possedete da canto ai miei fondi, e vi obbligate a rilasciarmelo; tre quarti di esso non mi potrebbero bastare, essendomi tutto necessario per la fabbrica. Allora la vostra obbligazione è indivisibile non in sè stessa (avvegnachè un pezzo di terra può ben dividersi anche in parti materiali), ma nel nostro intendimento, perchè quel terreno serve tutto al mio scopo, e mi sarebbe inutile se non fosse intero. Di che segue che non solo potrò, seguita la vostra morte, rifiutare la parte che ciascuno dei

vostri eredi vorrebbe darmi nel pezzo di terra, ma ciascuno dei miei eredi potrà altresì alla mia morte negar di ricevere o dai vostri eredi, o da voi stesso una parte del terreno; il tutto potrà essere domandato e contro ciascuno dei debitori, e da ciascuno dei creditori.

Non bisogna dunque confondere l'obbligazione che è veramente indivisibile (o per l'indole reale dell'oggetto, o per la qualità, e per così dire, per la natura convenzionale attribuita all' oggetto dalle parti) con l'obbligazione di cui l'oggetto è indivisibile per lo adempimento che ne faranno i debitori, e che resta altronde divisibile.

III.—635. Pothier combatte, come già Dumoulin, la dottrina di parecchi dottori i quali, secondo egli (n. 289) riferisce, riguardavano come necessariamente e sempre indivisibili le obbligazioni che consistono *in faciendo o in non faciendo*; e osserva che le obbligazioni di fare o di non fare possono come le altre essere ora indivisibili ed ora divisibili. Il che vien provato dal nostro e dal precedente articolo, i quali applicano la distinzione tanto alle obbligazioni che han per oggetto un fatto, quanto a quelle di cui l'oggetto è una cosa da dare o da rilasciare.

Infatti, se io mi sono obbligato a trasportarvi il vostro ricolto dai campi ai vostri magazzini, e ripostavi la metà delle vostre biade lascio a mezzo la mia obbligazione, avrò certamente adempito in parte il mio impegno, e quindi esso, sebbene consistesse *in faciendo*, poteva ben dividersi.

Similmente, se voi vi siete obbligato con me di non dissodare i vostri cinquanta ettari di bosco affinchè io possa cacciarvi, e voi ne mettete dieci a cultura, la vostra obbligazione è mantenuta in parte, e in parte violata; era dunque divisibile, sebbene consistesse in *non faciendo*.

635 *bis*. Molitor nel suo *Corso di dritto romano approfondito* (tom. 1, pag. 351) combatte questa soluzione. Censurata la spiegazione di Pothier (il cui esempio non ci sembra bene scelto), aggiunge: « Ma[illegible] dé, uno degli scrittori che meglio ha spiegato questa parte del Codice, si a[illegible] sta all'errore di Pothier. Ma come se avesse inteso il falso nell'esempio cita[illegible] questo giureconsulto, si giova di una ipotesi per inferirne, che vi hanno obbli[illegible] zioni in *non faciendo*, che possono divi[illegible] si. Neghiamo la conseguenza. Colui [illegible] promette, se nella ipotesi di Marcadé a[illegible] vesse contraffatto alla obbligazione col [illegible] sodare non altro che una piccola parte [illegible] stimerebbe come se non l'abbia esegui[illegible] affatto ».

Ci sembra non esatta la idea dell'o[illegible] norevole professore (1), che noi [illegible] riamo. Senza fallo, la ipotesi di Pothier [illegible] era ben scelta; senza fallo, non si [illegible] che colui il quale abbia assunto l'obbl[illegible] ne *di non turbare il possessore di un* [illegible] *do*, vi controvviene in parte rivendic[illegible] ne una sola parte, avvegnachè da que[illegible] voi turbate il mio possesso, contrafate del tutto alla vostra obbligazione di non turbarmi; essendovi più o men grande turbamento, si controvviene del tutto alla promessa di non turbarmi. Ma se tale obbligazione è necessariamente indivisibile, non è tale qualunque altra che consiste in non *faciendo*.

Non si comprende lo inadempimento [illegible] parte della vostra obbligazione di non turbarmi, perchè non vi ha partito mezzo tra il turbarmi, e il non turbarmi; ma [illegible] incontro ve n'ha uno larghissimo tra il non dissodare *i vostri 50 ettari di bosco*, e [illegible] non dissodarne neppure una gleba. Nel primo caso, il turbarmi sopra qualsiasi punto fa venir meno del tutto il mio scopo, dappoichè il mio contratto tendeva a farmi schivare una causa, e la causa esiste; nel secondo invece, il dissodamento in parte non mi farà perdere del tutto il dritto di raccogliere che io ho voluto procurarmi, ma lo scemerà solo in parte (e lo scemamento potrebbe essere insignificante per la poca estensione, e la non importante posizione

(1) Molitor distinto professore all' università di Gand fu tolto prematuramente alla scienza dal cholera del 1848.

della parte dissodata). Può ben allora concepirsi uno inadempimento in parte (che può essere di pochissimo momento) e la mente comprende il più o il meno nello inadempimento, e quindi l'obbligazione di non fare può essere alle volte divisibile, come han detto Dumoulin e Pothier, come è ammesso dai nostri articoli 1217, e 1218 (1170, 1171), contro i quali Molitor ha fatto ingiustamente guerra (nn. 262, 263).

1219 (1172).—La solidarietà stipulata non imprime alla obbligazione il carattere d'indivisibilità.

636. L'obbligazione in solido, come abbiam veduto, non è indivisibile, anzi al contrario si divide di pieno dritto fra gli eredi o di uno dei creditori, o di uno dei debitori. Viceversa, la indivisibilità non trae la solidarietà, checchè ne fu detto da una strana decisione della Corte di cassazione, di cui parleremo sotto l'art. 1225 (1178); nè si applicherebbero alla obbligazione indivisibile le regole stanziate dalla precedente sezione per le obbligazioni in solido.

§ 1.—*Degli effetti dell'obbligazione divisibile.*

1220 (1173). — L'obbligazione che è capace di divisione, si debbe eseguire fra il creditore ed il debitore come se fosse indivisibile. La divisibilità non è applicabile se non per riguardo ai loro eredi, i quali non possono ripetere il debito, nè son tenuti a pagarlo se non per la rata delle quote ereditarie, o per quella parte nella quale rappresentano il creditore o il debitore.

637. Le obbligazioni si distinguono in divisibili e indivisibili pei molti creditori o debitori, avvegnachè, essendovi un sol creditore, o un sol debitore, l'obbligazione, per quanto possa dividersi, deve semplicemente e interamente eseguirsi, non essendo mai capace di pagamenti in parte; cotalchè ha il medesimo effetto che se fosse indivisibile. Dunque sol quando restano più rappresentanti di un creditore, o di un debitore defunto, l'obbligazione che primitivamente era tra un sol debitore e un sol creditore, può venir divisa, se ne è capace.

Ma non sarebbe così, nè sarebbe necessario che morisse una delle parti per applicare i principî della divisibilità, se l'obbligazione si formasse immediatamente per più creditori, o contro più debitori, ovvero se l'unico creditore vendesse il suo credito a parecchi.

Il Codice, dopo Pothier, ha parlato del solo caso più ordinario, in cui molti eredi succedono al creditore o al debitore, ma la regola si applica certamente, semprechè vi sieno più creditori, o debitori, qualunque ne sia la causa.

638. Si noti che morta una parte, il dritto dividesi fra i suoi eredi, non in parti virili, ossia in altrettante parti uguali, quanti sono gli eredi, ma in proporzione della parte per cui ognuno degli eredi rappresenta il defunto. Quindi se v'ha due eredi del defunto, dei quali uno lo rappresenta per due terzi, e l'altro solo per uno, il primo sarà creditore, o debitore pei due terzi, e il secondo per l'altro terzo.

Come si vede, il principio della divisione dei debiti e dei crediti fra gli eredi, può mutare immediatamente un grosso debito in piccolissimi debiti. Essendo Pietro debitore a Paolo di 5,000 fr. e morto costui restano cinque eredi, vi saranno cinque crediti di 1,000 fr. per uno; e se Pietro lascia altri cinque che lo rappresentino, ciascuno di costoro non sarà debitore che del quinto a ciascuno degli altri, dimochè il debito primitivo di 5,000 fr. si muterà in 25: debiti di 200 franchi per uno.

Diciamo esservi allora moltissimi debiti e crediti, acciocchè meglio si comprenda lo effetto della divisione : ma non bisognerebbe prendere alla lettera quella espressione; avvegnachè. parlando propriamente e in rigore, non vi sono parecchi debiti, ma uno diviso in più parti, e che può pagarsi in parti, perchè dovuto da più persone, o a più persone. Pertanto se morto un creditore con cinque eredi, e morti quattro di loro, il coerede fosse il lor successore, costui diventerebbe così unico creditore dell'unico debito, e il debitore non potrebbe pagarlo in cinque parti, poichè l'unico debito non è più pagabile a parecchi, *cessante causa cessat effectus*. Sarebbe così viceversa, se uno dei coeredi del debitore divenisse erede dei suoi vari coeredi. poniamo una accettazione pura ce di eredità, dappoichè se fosse neficio, resterebbero divise le parti to, o di credito, l' una che fa patrimonio del coerede che accet altre che appartengono sempre moni dei coeredi defunti.—Era qu re la dottrina di Dumoulin e di (n. 318).

639. Abbiamo stabilito nel *titolo* *successioni* (articolo 883 (803), che la divisione legale del nostro è provvisoria rispetto ai crediti, e meno colla definitiva divisione della tà.—Solo i debiti restano definitiva divisi.

1221 (1174).—Il principio stabilito nel precedente articolo è soggetto ad eccezione riguardo agli eredi del debitore :

1° quando il debito sia ipotecario;

2° quando si debba un corpo determinato;

3° quando si tratti di debito alternativo di cose a scelta del creditore delle quali una sia indivisibile;

4° quando un solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell'adempimento della obbligazione;

5° quando o dalla natura della obbligazione, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine che si è avuto in nel contratto, risulti essere stata ne dei contraenti, che il *debito* sa soddisfarsi partitamente.

Ne' primi tre casi, l'erede *che poss* la cosa dovuta, o il fondo ipotecato, esser convenuto per l'intero *sulla co* sul fondo, salvo il regresso contro i coeredi. Nel quarto caso l'*erede che è* incaricato del debito, e nel quinto ciascun erede può esser *convenuto per* intero, salvo il regresso contra gli coeredi.

SOMMARIO

I. È questa la indivisibilità solutione tantum, *per la quale la obbligazione resta divisibile.*

II. La eccezione che l'articolo fa per cinque casi, esiste solo per tre. Sviluppamenti.

III. Mutamento recato agli antichi princip il dritto di agire che ha il creditor degli eredi di costui non potrebb per l'intero. Errore di Toullier e di Duranton.

I.—640 Il principio che le obbligazioni divisibili si dividono di pieno dritto fra i diversi coeredi del creditore, o del debitore, soffre eccezione in alcuni casi indicati dal nostro articolo, ma solo rispetto agli eredi *del debitore*.

I casi di questa eccezione ci porgeranno la indivisibilità *solutione*, di cui sopra parlammo, cioè quelli nei quali l'obbligazione, sebbene possa dividersi, e si divida fra più creditori (il che la fa distinta sempre dalla obbligazione indivisibile, anche obbligatione soltanto) non può in parte soddisfarsi dai debitori.

Vedremo che la eccezione esiste soltanto in tre dei cinque casi accennati dall'articolo.

II. — 641. 1° Primieramente si nota i

caso di un debito ipotecario, e si dice (§ ultimo) che l'uno degli eredi del debitore il quale possegga l'immobile ipotecato, potrà esser costretto per l'intero sopra di esso immobile; idea tolta da Pothier (numero 300), buona forse in un libro dottrinale, ma qui fuori luogo, non essendo affatto questo caso un' eccezione al principio. Secondo il quale, morto il debitore, i suoi eredi non son debitori, nè possono essere costretti in suo luogo, che ciascuno per la sua parte. Or per nulla vien mutato il principio dal possedere uno degli eredi l'immobile ipotecato al debito; avvegnachè lo erede come tale, e come debitore personale è sempre obbligato, e può essere costretto per la sola sua porzione ereditaria, e in ciò si applica perfettamente il principio: se egli può esser costretto per lo intero ipotecariamente, ciò esce da una regola che non ha alcun rapporto coll' altra. Essendovi ipoteca vi sono due debitori; da una mano la persona obbligata, dall'altra l'immobile; dimodochè il creditore può perseguire l'immobile presso tutti i suoi possessori, ovvero, in altri termini, perseguire tutti i possessori dello immobile, fossero pure non eredi del debitore, e affatto estranei al debito.

Pertanto se lo erede possessore viene costretto per lo intero, non è questa una eccezione al principio che il debito si divida fra lui e i suoi coeredi; perchè 1° un estraneo possessore sarebbe costretto al pari di lui; 2° lo erede non meno che lo estraneo può schivare il costringimento per lo intero, lasciando di possedere l'immobile obbligato; 3° in quanto egli rappresenta il defunto, può esser solo costretto per la sua parte, e il principio della divisione si applica tanto a lui che agli altri. — Ripetiamolo, il debito allora si vuol pagato per intero non dall'*erede*, ma dall'*immobile*, e quindi resta integro il principio a cui pretende farsi un' eccezione.

2°. La seconda eccezione è vera, ed è quando il debito abbia per oggetto un corpo certo, una cosa determinata *in ipso individuo*, e lo articolo ci dice (§ ultimo) che se uno degli eredi sia il solo che possegga tal cosa (essendo toccata a lui nella divisione ereditaria) si può domandarla intera da lui, ed egli non può offrire la parte che risponda a quella per cui rappresenta il defunto. È questa dunque realmente un'eccezione al principio ed è naturale; essendo semplicissimo che si domandi la cosa dovuta a quello dei condebitori che la possegga. — Nè importa che il corpo certo debba rilasciarsi per effetto di una vendita, d'una donazione, di una permuta, ovvero per effetto d'un deposito, o d'un prestito ad uso, nei quali due ultimi casi si dovrebbe semplicemente restituire. Qualunque cosa a restituirsi per effetto di deposito o di prestito ad uso è necessariamente un corpo certo (articolo 1283 (1247), n. III): e quindi non si comprende, perchè Pothier presenti come due eccezioni al principio (nn. 302, 303) dei casi governati da una sola e medesima regola.

3°. La terza eccezione è quando vi ha un debito alternativo di cose, delle quali una indivisibile, e di cui spetta al creditore la scelta. È questo un controsenso in cui incorsero i compilatori per non aver compreso il brano di Pothier che vollero riprodurre. Che il creditore di un debito alternativo, nel quale è sua la scelta, conservi questa facoltà, posciachè il debitore muore lasciando di se parecchi eredi, la è cosa ben semplice; e di conseguenza se indivisibile è uno degli oggetti del debito, egli può domandarlo. Ma allora non può farsi in parte il pagamento, perchè indivisibile è l'oggetto scelto, e quindi anche il debito; or essendo *indivisibile* il debito, non è questa una eccezione al principio del pagamento in parti dei debiti *divisibili*. — Dippiù non è questo quel che diceva Pothier, il quale semplicemente parlava (n. 312) d'un debito alternativo ordinario, il che suppone, diversamente da ciò che ne pensano i nostri compilatori, che divisibili sieno i diversi oggetti del debito, e che la scelta tocchi al debitore (art. 1190 (1143)). Infatti egli offriva ad esempio il caso in cui il defunto fosse de-

bitore *della tal casa*, *o di una somma* di 1,000 fr. Posto ciò che diceva Pothier, se il defunto lasciasse due eredi, ciascun di loro non potrebbe pretendere di pagare a sua scelta la metà dell'uno o la metà dell'altro, essendo debitore della metà di ciò che era dovuto dal suo autore; la qual cosa potrebbe fare che il creditore fosse costretto a ricevere la metà d'un oggetto, e la metà di un altro; ma dovrebbero gli eredi concertarsi fra loro onde dare al creditore uno degli oggetti per intero.

4°. La quarta eccezione, che realmente è la seconda, avviene, quando nel titolo costitutivo dell'obbligazione fu detto, che quello erede la eseguirebbe solo per intero. Allora questi può esser costretto per lo intero dal creditore; salvo, come nei casi soprariferiti, la sua azione contro il coerede (§ ultimo).—Potrebbe intanto avvenire che fosse riconosciuto uno degli eredi, o per una clausola espressa, o secondo le circostanze, come il solo incaricato non solo di pagare il debito per intero, ma anche di sostenerlo a suo carico; ma ciò non potrebbe farsi che con un testamento. — La quale idea e le altre che vi si connettono sono state altrove spiegate.

5°. L'ultima eccezione più larga, e più comprensiva delle precedenti, avviene quando è riconosciuto essere stato intendimento dei contraenti non di fare indivisibile l'obbligazione (il che sarebbe l'applicazione dell'art. 1218 (1171) e produrrebbe il suo effetto, tanto fra gli eredi del creditore, che fra gli eredi del debitore) ma soltanto di togliere agli eredi del debitore la facoltà di liberarsi in parti. Il quale intendimento può risultare o da una clausola espressa dell'atto (clausola diversa dall'altra prevista nel caso precedente, essendochè in questa un solo degli eredi era specialmente indicato per fare il pagamento, e poteva esser solo costretto allo intero; in quella il dritto del creditore di agire per lo intero sarebbesi stipulato in generale, senza indicare questo o quello degli eredi, e potrebbe esercitarsi contro tutti), o dall' indole stessa del contratto (ad esempio, per il fitto consentitomi della vostra casa, o del vostro podere), o dall'indole dell'oggetto (« ciò si presume leggieri, dice Pothier, quando la cosa può dividersi in parti intellettuali, ma non in parti reali »), ovvero dal fine propostosi nel contratto (per modo d'esempio, se ho preso ad imprestito 1,000 scudi, dichiarando di volerne cavare il tale dalla prigione). Pothier (n. 315).

III. — 642. Ne' tre casi di eccezione (*tre* e non *cinque*, dovendosi togliere il primo ed il terzo) previsti dal nostro articolo, vien dichiarato dal Codice che ora uno degli eredi (nei due primi casi, 2 e 4) ed ora ciascuno di tutti gli eredi (nel terzo, 5) è tenuto di pagare l'intero, e può quindi *costringersi per l'intero* dal creditore. Gli è questo un mutamento degli antichi principî.

Dumoulin e Pothier, seguendo molto scrupolosamente la sottigliezza della legge romana, dicevano che questi casi porgevano la indivisibilità *solutione tantum* quanto al solo pagamento, e perchè l'erede non può pagare in parte; che l'obbligazione potendo dividersi e l'erede perseguito essendo in fondo debitore della sua parte, ne seguiva che non potesse costringersi per l'intero, non essendo valida la *domanda* di pagare l'intero che gli farebbe il creditore (Pothier, n. 316). Il Codice ha rigettato questa idea, ed essendo allora lo erede tenuto di pagare l'intero, è stata natural cosa che il creditore potesse costringerlo per l'intero.

Ma se uno degli eredi del debitore può allora costringersi per l'intero, non bisognerebbe perciò credere che uno degli eredi del creditore potesse anche agire per l'intero. Gli è così quando la obbligazione è indivisibile (art. 1224 (1177)), e il nostro articolo, come abbiam fatto osservare, non fa eccezione agli effetti ordinari della obbligazione divisibile che rispetto agli eredi DEL DEBITORE. Gli eredi del creditore non possono qui farsi pagare l'oggetto dovuto che ciascuno per la sua parte, nè potrebbero agire per l' intero che in comune. Immoriamo in questa idea perchè ne la

·gere la differenza tra la semplice in-sibilità *solutione* del nostro art. 1221 74) e la indivisibilità *obligatione* (1213 (1171)), che da Toullier (VI, 792) e da Duranton (XI, 256) fu creduto esser una sola e medesima cosa.

§ 2. — *Degli effetti della obbligazione indivisibile.*

1222 (1175) — Ciascuno di coloro che ı contratto congiuntamente un debito in-isibile, è tenuto per l'intero, ancorchè la ɔligazione non sia stata contratta soli-,mente.

1223 (1176).—Ciascuno erede del creditore può esigere l'intera esecuzione della obbligazione indivisibile.

543. Essendo indivisibile il debito, o real-:nte ovvero per convenzione, *natura* (ar-olo 1217 (1170)) ovvero *obligatione* (ar-,olo 1218 (1171)) ciascuno dei debitori ve certamente l'intero, come anche ciascuno dei creditori può pretendere l'intero giusta il primo paragrafo del seguente articolo, ma non perciò il debito è in solido.

1224 (1177).—Ciascun erede del cre-tore può esigere l'intera esecuzione della ·bligazione indivisibile.

Non può egli solo rimettere il debito 'tero nè ricevere il prezzo invece della ›sa.

Se un solo fra gli eredi abbia rimesso il debito, o ricevuto il prezzo della cosa, il coerede non può altrimenti dimandare la cosa indivisibile, che scontando la porzione di colui che rimise il debito, o ricevè il prezzo della cosa.

644. Se nell'obbligazione indivisibile ciascuno dei debitori (o dei debitori primiti-i, ovvero dei rappresentanti di unico debito-e) è tenuto alla intera cosa, o se cia-;cuno dei creditori può pretendere questa :osa intera, ciò non è, come nella obbli-gazione in solido, per una qualità inerente ılla persona che sarebbe veramente cre-ditrice o debitrice *in totum et totaliter*, ma soltanto per la qualità (reale o convenzio-le) della cosa, la quale (per effetto dell'indole sua reale, o di quella data dal contratto) non è capace di parti.

Dal principio che ciascuno qui per l'indole delle cose è creditore o debitore *in totum* ma non personalmente *totaliter*, derivano parecchie importanti conseguenze.

Primieramente, quand'anche uno dei creditori solidali avesse il dritto di liberare pienamente il debitore rimettendogli il debito (Pothier, n. 263), questo dritto non era ammesso per uno dei creditori della cosa indivisibile (Pothier, n. 327); perchè egli non è personalmente padrone del credito, ed è unicamente per l' indole della cosa dovuta che egli può pretendere l'intero. Per medesimezza di ragione, uno dei creditori non ha facoltà di estinguere il debito mutandolo in un altro, e liberare il debitore ricevendo il prezzo invece della cosa dovuta. — Ma viceversa, siccome il debitore rispetto a più creditori è tenuto all'intero verso ciascuno di loro, non personalmente *et totaliter*, ma perchè la cosa non può dividersi in più parti, così ne sorge che la remissione fatta da uno dei creditori, o il ricevere il prezzo della cosa non sarà senza effetto, e il debito ne sarà scemato. Il debitore sarà sempre obbligato a rilasciare la cosa intera, non potendo altramenti consegnarsi; ma la rilascerà deducendo il valore della porzione di chi ha fatto la remissione o ha ricevuto il prezzo.

1225 (1178). — L'erede del debitore, convenuto per l'intero, può dimandare un

termine per chiamare in giudizio i suoi coeredi, purchè il debito non sia di tal natura che non possa essere soddisfatto se non dall'erede convenuto, il quale in tal caso può essere egli solo condan[nato] salvo il regresso per il suo ristoro [illegible] tra i coeredi.

SOMMARIO

I. Dritti diversi, secondo i casi, del condebitore citato solo per l'intero.

II. Dei danni interessi dovuti nel caso di inadempimento. Errore di una decisione della Corte di Cassazione.

III. Della perdita della cosa indivisibile. [illegible] interruzione e sospensione della prescrizione.

I. — 645. Ciascuno degli eredi del debitore, o ciascuno dei debitori primitivi, essendo debitore dell'oggetto divisibile per lo intero, può essere costretto solo per lo intero, nè potrebbe pretendere che il creditore chiami in causa i condebitori di lui; ma non dovendo egli il debito *totaliter*, ha il dritto di chiedere un termine acciocchè metta in causa i suoi coeredi (Pothier, numeri 330, 331).

Gli è così, quando il debito non è tale che possa essere soddisfatto solo dallo erede citato. Potendo esser soddisfatto da ciascuno separatamente (p. e. se il debitore defunto si sia obbligato di dare un passaggio ad alcuno sul podere di un terzo) è applicabile la nostra regola, e lo erede citato può chiamare in causa i suoi coeredi innanzi di rispondere al creditore. Gli è pur così e con più ragione, se il debito non può essere soddisfatto che da tutti insieme i coeredi (ad esempio, se il dritto di passaggio promesso sopra un immobile del defunto deve esercitarsi sopra l'immobile in ciascuna delle parti che appartengono oggi separatamente a ciascuno degli eredi). Ma se il debito sia tale da non potersi soddisfare che dallo erede citato (se il passaggio deve farsi solo nello immobile toccato per intero a lui), lo erede può allora esser condannato senza alcun termine, salvo il ristoro che gli dovrebbero i coeredi, ciascuno per la sua parte (tranne che egli non sia stato incaricato nella divisione di soddisfare quel debito).

II. — 646. Quando il condebitore citato ha messo in causa i suoi condebitori, e il debito per non essersi eseguito si converte in danni-interessi, essendo questi [illegible] visibili, e ciascun debitore essendo [illegible] all'intero perchè la cosa non può [illegible] si, i danni-interessi si divideranno fra [illegible] i debitori per la loro parte rispettiva.

È questa una delle differenze fra l'obbligazione indivisibile e l'obbligazione in solido, avvegnachè in questa [illegible] ciascuno dei condebitori son per intero [illegible] vuti i danni-interessi nei quali l'[illegible] primamente dovuto si trasmuta per l'inadempimento della obbligazione. Senza [illegible] i condebitori non sarebbero tenuti ai danni-interessi che si *aggiungerebbero* alla [illegible] ma obbligazione, non avendo dato mand[ato] *ad augendam obligationem*; ma dev[illegible] ciascuno per l'intero, quelli che rappresentano la cosa dovuta, essendovi fra [illegible] un reciproco mandato *ad perpetuandam obligationem*. Per lo incontro nella obbligazione indivisibile, ciascun debitore [illegible] tenuto *in totum*, ma non con quest[illegible] gia e con le medesime conseguenze: non vi è tenuto *totaliter*, ma in quanto l'oggetto non possa essere diviso, di modo che l'oggetto primamente dovuto e indivisibile, essendo sostituito da un altro diverso e che può dividersi, ciascun debitore è tenuto alla sola sua parte. Perciò Dumoulin diceva: *Longe aliud est plures teneri ad idem in solidum, et aliud obligationem esse individuam* (p. 3, n. 112). La camera dei ricorsi ha gravemente errato, quando a fin di rigettare un ricorso fondato sopra una evidente violazione dell'articolo 1202 (1155) giudicò: « che un'obbligazione indivisibile per sua natura è sempre in solido, sebbene non siasi stipula[ta]

lidarietà » (1). Di *siffatta eresia*, coeggesi nel *Journal du Palais*, dobo maravigliarci.

i7. Quando il debitore citato, che ne acoltà, non chiama i suoi condebitori, esser solo condannato e per lo intei danni interessi (essendovisi allora ntariamente e *proprio facto* sottopo-, salva la sua azione.

uando il citato poteva adempiere da solo, e non adempie, può anche rivoli contro i suoi condebitori (se nella di-one egli non si è incaricato di soddisfare ramente il debito) pei danni ed intesi a cui è stato condannato; ma la sua ne, anzichè contro ciascuno di quelli la parte rispettiva della condanna, do- esercitarsi per la parte di ognuno nel no che ha sofferto il debitore citato nello guire, non dovendo i debitori soffrire il malvolere del loro coobbligato.

Finalmente, allorchè il debito è tale debba soddisfarsi da tutti insieme gli bligati, l'uno o parecchi che si neghino, bbono soltanto pagare i danni ed intesi; ma non debbono sottostare al capriccio di un coobbligato quegli altri che vogliono adempiere (Pothier, n. 334).

III.—648. Nessuno è tenuto a cose impossibili, e se l'obbligazione indivisibile non può essere eseguita, o perchè l'oggetto è perito, o per qualunque altra causa, la obbligazione è estinta (artic. 1302 (1256)); salvo il dritto del creditore ai danni-interessi se l'obbligazione non può più eseguirsi per colpa o fatto di uno, o di parecchi debitori. I danni-interessi allora son dovuti dall' autore della colpa o del fatto, e non già dai suoi coobbligati, non essendo qui i vari condebitori rappresentanti gli uni degli altri, come nell' obbligazione in solido.

L' oggetto dell' obbligazione indivisibile non essendo capace di parti, e nessuno quindi potendo esser creditore o debitore in parte, ne deriva che la interruzione o la sospensione della prescrizione del debito per uno dei creditori, o contro uno dei debitori, giova necessariamente per lo intero, o per tutti i creditori, o contro tutti i debitori (art. 2249, parag. 2 (2155); e art. 709, 710 (630, 631)).

SEZIONE VI.

DELLE OBBLIGAZIONI CON CLAUSOLA PENALE.

1226 (1179). — La clausola penale è quella colla quale una persona, per assicurare l' adempimento d'una convenzione, si obbliga a qualche cosa nel caso d'inadempimento.

649. Dicesi *clausola penale* la convenzione accessoria con cui anticipatamente si stabiliscono i danni-interessi che dovrà pagare il debitore, o perchè non adempia affatto la principale obbligazione, o perchè semplicemente ne differisca lo adempimento; dicesi *penale*, perchè i danni-interessi sono la pena imposta per il mancato o per il tardo adempimento (art. 1229 (2182)). Dovevan dunque aggiungersi alle parole del nostro articolo « in caso di inadempimento » queste altre « o del ritardo nello adempimento ».

1227 (1180). — La nullità della obbligazione principale produce la nullità della clausola penale.

650. *Accessorium sequitur principale.* Essendo nulla la convenzione principale, lo è similmente quella accessoria; non dovendo eseguirsi la convenzione principale,

(1) Sir., 25, 1, 225. — *J. du Pal.*, 19, p. 32 (Devill., 8, 1, 2).

non son dovuti danni-interessi per non essersi eseguita, ovvero perchè tardamente eseguita. Quando Pietro ha promesso di consumar quel delitto soggettandosi a pagare 500 fr. ove nol commettesse, comprendesi benissimo che la seconda convenzione è nulla non meno della prima; Pietro non può obbligarsi a pagare i 500 fr. se non avrà fatto ciò da cui doveva astenersi.

Ma non è men certo che la nullità della convenzione accessoria non potrebbe far venir meno la principale, se questa fosse valida. Essendovi obbligato a fabbricarmi una casa dentro un anno, con la promessa di non far uso dei dritti elettorali nelle prossime elezioni; se non adempite il vostro impegno, la nullità di questa accessoria promessa non potrebbe guastare la principale.

Abbiamo fatto comprendere sotto 1121 (1075) non essere applicabile l ma regola del nostro articolo al ca cui la principale obbligazione fosse perchè manca lo interesse che si è appunto determinare con la clausola le. Obbligandomi con voi a pagare a una rendita vitalizia di 500 franchi, c promessa di pagarvene 6,000 se no tengo la mia obbligazione, in questo la obbligazione principale rendesi v per la clausola penale senza di cui s be nulla. Il nostro articolo, come abl detto, intende solo parlare della con zione principale che rimane nulla t prima, che dopo aggiunta la clausola cessoria.

1228 (1181). — Il creditore può agire per l'adempimento della obbligazione principale, invece di domandare la pena stip lata contra il debitore che è *in mora*.

651. È regola generale che il creditore il quale ottiene una promessa secondaria, per il caso in cui non si adempia la principale, può sempre pretendere che si adempia la prima convenzione. Ma non si applicherebbe il nostro articolo, se i contraenti avessero voluto fare una novazione condizionale; cioè convenire che la prima obbligazione, se in un dato tempo no si adempisse, resterebbe estinta e sostitui dall'altra. In questo caso il creditore no potrebbe certamente altro pretendere se non che il debitore, il quale non ha adempito la prima convenzione, adempia quella accessoria.

1229 (1182). — La clausola penale è la compensazione dei danni e degl' interessi che il creditore soffre per l'inadempimento della obbligazione principale.

Non può dimandare nel *tempo medesimo* la cosa principale e *la pena*, *quando* questa non sia stata stipulata per la semplice mora.*

652. Quando non si è positivamente detto, se la pena vien stipulata perchè non si adempia affatto la principale obbligazione, ovvero perchè se ne ritardi solo lo adempimento, essendo questa una questione d'intenzione, sarà decisa secondo le circostanze e quasi sempre dal confronto del valore della pena col valore dell' oggetto principale.

Alle volte anche il valore dell' oggetto promesso a titolo di pena, basterà per far comprendere qual sia stato nello intendimento delle parti l' oggetto principale. Fatta una transazione per beni di un valore di 200,000 fr., se noi conveniamo che chi non eseguisse e intentasse una lite, pagherebbe una somma di 1,200 fr., tal pena non è certamente stipulata per

* Stipulatasi una penale pel caso che il creditore debba prender fondi e non contanti, se costui non risente danno per lo pregio dei fondi spettatigli, la penale resta senza causa e quindi inefficace, Corte suprema di Napoli, 16 nov. 1830.

ce dei beni, che per la lite si pote- ›erdere; ma per impedire che sia tur- a tranquillità, e quindi guadagnata anche la causa, voi mi dovete i 20,000 franchi, perchè avete proposto contro di me l'azione.

0 (1183).—O che l'obbligazione prin- contenga un termine il quale si deb- eguire, o che nol contenga, non si incorre nella pena, se non quando colui che è obbligato a dare, a ricevere o a fare, sia in mora.*

3. La clausola penale non altro fa stabilire anticipatamente i danni-inte- ; deesi dunque applicare ciò che fu detto nella sezione IV per la messa in mora per la quale sono dovuti i danni-interessi.

:31 (1184).—La pena può modificarsi giudice, quando l'obbligazione principale è stata in parte adempiuta.

54. Se l' obbligazione principale si è arte adempita, il giudice deve in fatto iderare, dove la cosa non sia ben ›a, se le parti abbian voluto che la ı si debba per intero perchè non si è npita pienamente la convenzione, ov- › se debba pagarsi in parte e in pro- :ione di quel che manca per essere ıamente eseguita. Se mi avete promes- una somma per il caso in cui non fos- fabbricata in quel tempo la casa che dovete farmi, voi mi dovrete la intera somma se scorso il tempo una metà, o due terzi della fabbrica fossero finiti, avvegnachè io non possa servirmi di una casa non finita. Se al contrario voi dovete coltivare un tratto di terra per me, la è cosa ben naturale che voi siate condannato a pagare la metà della somma promessa se nel tempo stabilito avete coltivato la metà del tratto di terra.

1232 (1185).—Allorchè l' obbligazione ncipale contratta con clausola penale ha oggetto una cosa indivisibile, s'incor- nella pena per la contravvenzione di un o degli eredi del debitore e può dimandarsi, o per l' intero contra il contravventore, o contra ciascun coerede per la rispettiva quota e porzione, ed anche ipotecariamente per lo tutto; salvo il regresso contra colui pel cui fatto si è incorso nella pena.

655. In questo articolo si suppone che clausola penale abbia per oggetto una mma determinata, il che avviene quasi mpre. Posta questa idea, si compren- ; di leggieri che la clausola penale do- ıta da tutti i coobbligati ad un medesimo ebito, dividesi ugualmente fra loro. Ma ove un solo di essi contravvenga, p. e. e abbia distrutto per colpa o fatto suo oggetto della obbligazione, come la pena uò esser dovuta da tutti, anche in un ebito indivisibile? Non si contraddice con ciò quel che fu detto sotto l'artic. 1225 (1178), n. II pei danni-interessi? Questa regola tratta, come le altre tutte, da Pothier (n. 355) il quale l'ebbe tolta da Dumoulin, veniva da un principio analogo a quello dell'art. 1207 (1160) cioè, che i danni-interessi stipulati anticipatamente costituiscono realmente una obbligazione speciale contratta con la condizione che la principale non fosse eseguita; per modo che si domanderebbe dai diversi condebitori lo adempimento di una obbligazione contratta *ab origine* da

* La penale convenuta a favore della parte di- gente, non istipulandosi un contratto di mutuo in giorno stabilito improrogabilmente, non ha luogo se l'una parte in detto di avvisi l'altra per istipularsi in altro giorno. Corte suprema di Napoli, 25 luglio 1850.

tutti.—Era cosa naturale che si accordasse al creditore il dritto di agire per l'intero contro quello dei debitori che avrebbe contravvenuto, essendochè egli debba sostenere da solo lo ammontare della pena, e dovrebbe ristorare i suoi condebitori delle parti che avrebbero potuto pag

656. Ben si comprende che del nostro articolo si applica, sieno più condebitori originari indivisibile, quanto se più eredi debitore.

1233 (1186). — Quando l'obbligazione principale, contratta sotto una pena, è divisibile, non incorre nella pena se non quello erede del debitore, che contravviene, e per la parte sola cui era tenuto: nè vi è azione contra coloro che l'hanno eseguita.

Questa regola ammette eccezione, allorchè essendo stata apposta la cla nale ad oggetto che non si poss re il pagamento, un coerede abb dito che l'obbligazione venisse adempita: in tal caso può esigers so la pena intera, e dagli altri sola porzione, salvo a questi il re

657. Il primo paragrafo è ben semplice. Quando l'oggetto dovuto, perfettamente divisibile, può esser dato in parte, e di varî debitori tenuti a pagare ciascuno la propria porzione, l'uno esegue, e l'altro no, è naturale che i danni sieno dovuti in proporzione della parte non eseguita della obbligazione; quindi soltanto da chi contravviene e per la sua porzione.

Ma se rimanendo divisibile la obbligazione perchè il suo oggetto può dividersi, evvi indivisibilità *quoad solutionem*, cioè espressa o tacita convenzione che l'oggetto non possa in parte esser soddisfatto (ossia che la indivisibilità *solutionis* derivi per lo appunto dalla clausola penale come suppone il nostro articolo, ossia che risulti da una delle cause cennate dallo art. 1221 (1174)), in questo caso non potendo il pagamento farsi in parte, e qualunque inadempimento essendo di necessità un completo inadempimento, doveva applicarsi a tale indivisibilità del pagamento la pena stabilita dal precedente articolo per la indivisibilità della stessa obbligazione. Ciò ha fatto il nostro secondo paragrafo.

Se essendo la obbligazione pienamente divisibile, anche *quoad solutionem*, uno dei debitori vi ha contravvenuto per l'intero (caso non previsto dal nostro primo paragrafo, il quale suppone soltanto una contravvenzione in parte) qual regola dovrà mai applicarsi?

658. Pothier (n. 361) che pone la questione come Dumoulin, vuole allora seguire la regola stabilita per di indivisibilità. Ma si noti che cide la questione sopra un esempio fitto che nel n. 315 presentava gione come un caso di *indivisibil tione*; il quale esempio, porto com di una obbligazione divisibile anche *tione*, è appunto quello di una obbliga *indivisibile* sotto questo rapporto. Se du que il debito fosse veramente divisibile anche *quoad solutionem*, si dovrebbe tramente decidere.

Pietro ha promesso a Paolo dieci di vino del suo magazzino obbligando pagargli 6,000 franchi nel caso ch adempia; seguita la sua morte, suoi due eredi versa o vende o di terzo tutto il suo vino. Sembra che lo nulla potrà domandare al second rede il quale vien liberato perchè no si è perduto o posto fuori comm cio rispetto a lui (articolo 1301 (125 potendo solo agire contro l'altro per mandargli prima i 3,000 franchi per sua metà nella clausola penale, e altri 3,000 franchi a titolo di danni-inte ressi ordinari in forza dell'articolo 1388 (1342).

659. Pothier un po' più in là (n. 361 scioglie un'altra questione in modo più sod disfacente e che può adottarsi sotto il Co dice. Egli insegna che anche nella obbl

ione indivisibile, se si sia contravvenuto tro uno dei *creditori* (o uno degli e- i di unico creditore) la pena, non o- nte che il principale sia indivisibile, sa- be dovuta da colui verso cui si contrav- ne e per la sua parte. Egli in sostanza e che « quando voi vi siete obbligato a ciarmi passare nel vostro parco, pena r voi il pagamento di 12 lire, e dopo mia morte voi date il passaggio a tre dei miei eredi negandolo al quarto, la pena sarà dovuta a quest'ultimo, e per il suo quarto, avvegnachè ei solo soffra per la vostra contravvenzione. Ciò fu già detto dal giureconsulto Paolo (L. 2, in fine, *de verborum obligatione*); e Ulpiano altramente decideva (L. 3, § 1) secondo una sottigliezza che non potrebbe adottarsi nel nostro dritto francese ».

CAPITOLO QUINTO

DELLA ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

1234 (1187).—Le obbligazioni si estinono:

col pagamento;

colla novazione;

colla remissione volontaria;

colla compensazione;

colla confusione;

colla perdita della cosa;

colla nullità o colla rescissione;

per effetto della condizione risolutiva spiegata nel precedente articolo;

e colla prescrizione che sarà il soggetto di un titolo particolare.

SOMMARIO

Maniere generali di estinguere le obbligazioni.—Ne possiamo contare dieci.

II. Censura ed osservazioni sulla dottrina di Toullier e di Duranton.

I.—660. Il Codice ci nota qui nove cause per le quali si estinguono le obbligazioni, delle quali le prime sette occuperanno altrettante sezioni che compongono il nostro capitolo V; la ottava che è la condizione risolutiva è stata spiegata nel capitolo precedente (art. 1138, 1188 (1092, 1141)); la nona ed ultima che è la prescrizione, forma, come si sà, l'argomento dell'ultimo titolo del Codice (art. 2219 e seg. (2125 e seg.)).

661. Le nove maniere di estinzione indicate dal testo sono:

1° *Il pagamento*: si noti che questa parola, non significa qui, come di ordinario, il pagamento soltanto di una determinata somma, ma invece la ***solutio obligationis***, lo scioglimento del ***vinculum***, compiendo ciò a cui si era tenuto ; in altri termini lo adempimento della obbligazione.

Così secondo che la mia obbligazione riguardi o una determinata somma, ovvero un cavallo, o una casa da fabbricare, o veramente un viaggio da fare; la consegna del denaro, la tradizione del cavallo, la costruzione della casa o il fare il viaggio sarebbero il *pagamento* della mia obbligazione. E che i compilatori abbiano usata la parola *pagamento* nel senso lato, e non nel senso più stretto di consegna di una somma, vien provato dall'art. 1237 (1190) che fra i casi di pagamento pone il soddisfare una obbligazione di fare.

2°. La *novazione*, cioè il sostituire una obbligazione con una novella; avendo noi convenuto che voi mi darete una determinata somma invece del cavallo da voi dovutomi; l'obbligazione di rilasciare il cavallo si estingue, e sorge invece l'altra di pagare la somma stabilita.

3°. ***La remissione del debito*** ; si potrebbe dire in rigore esservi remissione di

debito sempre che il creditore liberi il debitore dallo adempimento della obbligazione, cotalchè la novazione sarebbe pure una remissione del debito, perchè è stata rimessa l' obbligazione di rilasciare il cavallo mercè la novella obbligazione di pagare una somma. Ma la *remissione del debito* intendesi solo del debito in cui il creditore libera il debitore, senza che costui paghi o si soggetti ad altre obbligazioni. Potremmo dunque distinguere la *remissione per novazione* e la remissione semplice, ma ciò non si è fatto, e generalmente solo quest' ultima chiamasi *remissione del debito*. Del resto, questa remissione propriamente detta può essere o a titolo gratuito o a titolo oneroso. Io posso liberarvi del vostro debito di 500 franchi non ottenendo equivalente da voi, ma per farvene un regalo; se invece conveniamo di sdebitarci reciprocamente della obbligazione, voi di fabbricarmi una casa ed io di pagarvi 30,000 fr., questa convenzione offre due remissioni di debito, che sono entrambe a titolo oneroso.

4° La *compensazione*, cioè lo estinguersi due obbligazioni l'una coll'altra, perchè il creditore dell'una è debitore dell'altra, e viceversa.

5° *La confusione*, cioè la riunione in una stessa persona delle due qualità di creditore e di debitore d' una stessa obbligazione.

6. *La perdita della cosa*. Nessuno è tenuto all'impossibile, e quindi se l'oggetto determinato che io doveva procurarvi vien meno, io non posso essere più obbligato a consegnarvelo. E riesce impossibile lo adempimento non solo se la cosa che io debba consegnarvi venga meno, ma altresì se durante quel mese, in cui debbo fare per voi un viaggio io resti ammalato a letto. Era dunque necessario dir qui, che la obbligazione si estingue non solo *per la perdita della cosa*, ma più generalmente per *qualunque avvenimento che renda impossibile la* esecuzione. Ci sorprende che nè Toullier nè Duranton abbiano fatta tale osservazione.

7°. *La nullità o la rescissione*. Qui dobbiam fare due importanti osservazioni. La prima è che il Codice non intende qui parlare della nullità in sè stessa, ma solo della nullità profferita dai magistrati, della sentenza che dichiara la nullità. La seconda è non trattarsi della nullità propriamente detta, della sentenza che riconosce esser radicalmente nulla la obbligazione, e non essere mai legalmente esistita, ma della semplice rescissione o annullamento, cioè della sentenza che sciolga la obbligazione, perchè vi scorge un vizio per cui si può annullare. Infatti, se l'obbligazione sia non esistente, non potrà trattarsi di estinguerla dappoichè onde una cosa si estingua nè sia più, è necessario che abbia esistito: il nulla non può annullarsi. Si tratta dunque unicamente della sentenza che dichiara nulla una obbligazione, la quale benchè viziosa pure esisteva, e sarebbe esistita e divenuta anche valida se non si fosse impugnata nel termine e con le condizioni volute dalla legge (vedi art. 1304 (1258)) e seguenti. Da ciò che si è detto si scorge che l'autore delle pandette francesi è incorso in grave errore ritenendo che il nostro articolo presenti come causa di estinzione la nullità radicale: « La nullità, egli dice, non è una maniera di estinzione. Non esiste la convenzione nulla; e ciò che non esiste non può estinguersi. La sentenza medesima non estingue la obbligazione, ma la dichiara nulla, cioè non esistente (n. 184) ». Come Delaporte non ha veduto che il Codice qui come quasi dappertutto, intende per *nullità* il semplice *annullamento*; che la sezione VII del nostro capitolo intorno alle *azioni di nullità o di rescissione delle convenzioni* si occupi soltanto delle convenzioni che possono annullarsi, e non già di quelle assolutamente nulle non esistenti come quelle di un demente? Così nel titolo del matrimonio il capitolo IV *delle domande di nullità* si occupa soltanto dei matrimoni che possono annullarsi, e non di quelli che fossero dalla radice nulli e non avessero una legale esistenza.

8°. *L'effetto della condizione risolutiva*. Si tratta soltanto della condizione risolu-

a che si compie prima di eseguirsi le bligazioni; avvegnachè quella che si rerebbe in effetto quando le obbligazioni sero già eseguite, non potrebbe estinere le obbligazioni che più non esisto-, e che sono dianzi estinte col pagaento. La condizione risolutiva allora poebbe far nascere le obbligazioni anzichè tinguerle : potrebbe far nascere le obigazioni contrarie e reciproche a quelle à eseguite. Così, per esempio, avendo noi nvenuto che io vi darò la mia biblioteci entro sei mesi, per il prezzo di 10,000 anchi , ma che il contratto sarà come on avvenuto se per avventura ritornasse io fratello sul di cui ritorno non faceamo più assegnamento; in tal caso il ritorno di mio fratello estinguerà le due obligazioni, se avverrà prima dei sei mesi, a se più tardi, posciachè vi ho dato la iblioteca ed ho ricevuto i 10,000 franhi, non potrà estinguere le obbligazioni he più non esistano, ma al contrario renlerà me obbligato a riconsegnarvi i vostri 10,000 franchi, e voi a restiturmi la bilioteca.

9°. *La prescrizione*. La prescrizione he, come precedentemente vedemmo (articolo 712 (633)), è una maniera di acquistare la proprietà o i suoi smembramenti, è pure una delle maniere di estinguere le obbligazioni ; cosicchè si distingue la prescrizione per acquistare ovvero usucapione (*usu capere*, acquistare coll'uso, col possesso) e la prescrizione a fin di liberarsi (artic. 2219 (2125)). Ma questo nono modo di estinzione non meno che il settimo (la nullità della obbligazione) non ha mai effetto di pieno dritto: la prescrizione non produce il suo effetto, non estingue l' obbligazione se non quando è formalmente allegata dal debitore.

Gli scrittori ebbero il torto di non fare questa osservazione (1), e il loro silenzio, per cui sembra che avessero la prescrizione come estintiva del debito di pieno dritto per il solo fatto di esser venuto il termine posto, fece censurare da Zachariae il nostro articolo: « La prescrizione, egli dice, non estingue nemmeno l'obbligazione ; l'articolo 1234 (1187) pone a torto la prescrizione fra le maniere di estinguere le obbligazioni: l'obbligazione prescritta non è meno sussistente finchè la prescrizione non sia stata opposta: (II, pagina 360 e nota) ».

Gli è certo infatti che l'obbligazione sussiste, non ostante che si compia la prescrizione, avvegnachè se il debitore paga benchè il debito sia prescritto, egli non potrebbe certamente domandar poi ciò che avrebbe pagato; dunque egli lo doveva poichè si può sempre ripetere ciò che si paga, e non è dovuto (art. 1235 (1188). È quindi esatta la osservazione di Zachariae. Ma non basta che qui si spieghi il testo: bisogna tassare di errore unicamente i suoi interpreti i quali non seppero indicare che lì si parlasse della prescrizione non compiuta soltanto, ma anche opposta dal debitore.

662. Alle nove maniere di estinguere le obbligazioni indicate dal nostro articolo devesi aggiungere lo spirare del termine per cui la obbligazione è stata imposta.

Oltre queste dieci maniere generali, ve ne sono moltissime altre speciali a questa o a quella specie di obbligazione. L'obbligazione che ha un tutore di aver cura della persona e di amministrare i beni del suo pupillo, cessa non solo per la morte dell'uno e dell'altro, ma anche per la maggiore età, o emancipazione di quello, per la destituzione, la scusa di questo; la mia obbligazione di eseguire il mandato di cui sono incaricato, cesserà non solo per la mia e per la vostra morte, ma anche per la mia rinunzia, o perchè voi mi revocherete il mandato, ec.; ma queste sono cause *speciali* di estinzione e di cui non dovea quindi occuparsi la legge nei principî *generali* delle obbligazioni, riserbandole pei titoli particolari a ciascuna materia.

II.—663. I modi generali di estinguere sono quelli soli indicati ; sebbene con molta inesattezza si aggiunga da Toullier

(1) Toullier (VII-3); Delvincourt (t. II); Demante (*Prog.*, II-687).

(VII, nn. 2, 8), *il giuramento deferito al debitore*, e da Duranton (XII, 3) *l'autorità della cosa giudicata.*

In dritto il giuramento deferito al debitore e da lui prestato, anzichè *estinguere* il debito, *dimostra* o che esso non sia mai esistito, o che più non esista. In vero il giuramento che un preteso creditore senza alcuna prova deferisce al suo supposto debitore, non si offre mai ad un avversario riconosciuto debitore (se fosse tale, sarebbe immediatamente condannato), ma a chi nega il debito e affinchè si conosca se sia vero che il debito non esista: l'attore dichiara di accettare come vero il giuramento del convenuto, e costui giura di nulla dovere; egli è dunque legalmente riconosciuto che il preteso debito non esiste. Senza fallo può avvenire, e non di rado, che sia falso il giuramento del convenuto e che in fatti esista il debito; ma *in dritto e legalmente,* debito non ve n'è, e l' obbligazione si riconosce di non esistere; come può dunque dirsi che così si *estingua legalmente* la obbligazione? Come estinguere legalmente ciò che non esiste? È così della sentenza. Quando un tribunale giudicando fra due parti di cui l'una pretende essere creditrice, e l'altra non essere debitrice, dichiara *non esistere il debito*, non si può certamente dire che si estingua il debito.

Senza dubbio *in fatto* i giudici han potuto ingannarsi, ma *in dritto* non è così; qualunque sentenza passata in cosa giudicata è una proposizione che viene da una autorità legalmente infallibile, *res judicata veritas est.*

664. Ben si comprende che molti estranei alle teorie del dritto, e che altro non vedono che i fatti, abbiano creduto essere quelli due modi di estinguere le obbligazioni; ma gli è strano non men che funesto che giureconsulti maestri della scienza possano disconoscere fino a tal segno i più elementari principî, le idee più fondamentali. Immoriamo qui (non per altro che per esercitare i giovani a giudicare da sè stessi e a non prestar fede alla parola del maestro) sul ragionamento che fa Duranton per sostenere la sua dottrina che serve anche implicitamente a quella di Toullier.

Egli così ragiona: « in fondo vi era un debito, ma per effetto del giudicato non ve n'è più, dunque il debito è estinto... » Non diremo che qui si confonda il fatto e il dritto: ma prendendo il ragionamento tal quale, domandiamo: « parlate voi del fatto? e allora il debito esisteva prima della sentenza, ed è vera la vostra prima proposizione; ma esiste anche il debito (*in fatto*) dopo la sentenza (perchè la sentenza del giudice, per quanto io sappia, non può mutare il vero delle cose) quindi è falsa la vostra seconda proposizione. e la vostra illazione. Parlate voi *in dritto?* e allora è vera la vostra seconda proposizione, che dopo la sentenza non vi è debito, ma non ve n'è nemmeno (in *dritto)* prima della sentenza (perchè questa dichiara soltanto, rafferma, e non crea), è quindi falsa la vostra prima proposizione, e non vale la vostra illazione.

Gli è pertanto manifesto che una obbligazione non si estingue nè col giuramento prestato dal debitore, nè con l'autorità della cosa giudicata. Ed è bene in vero: come potrebbe assolversi un Codice che alzerebbe in principio legale l'idea, che un tribunale possa a suo talento distruggere i diritti del creditore, e il debitore liberarsi sempre con lo spergiuro? La dottrina di Toullier e di Duranton non viola soltanto i principî del dritto e le regole della logica, ma oltraggia, senza che essi l'abbiano voluto, la moralità del legislatore.

SEZIONE PRIMA

DEL PAGAMENTO

665. Il Codice tratta qui mano mano in quattro distinti paragrafi: 1° del pagamento in se stesso; 2° del pagamento con surrogazione, cioè fatto per liberare il de-

ore da chi è sostituito nei dritti del creore; 3° dell'imputazione dei pagamenti, sia del modo di applicare il pagamento ando possa applicarsi a più debiti, non stando ad estinguerli tutti: 4° delle offte e del deposito che sono per il debi·e l'equivalente del pagamento ordinario, orquando il creditore si nega di riceveil pagamento.

Seguiremo l'ordine del Codice, volendo lo sconvolgerlo quando sia necessario; a ci sembra non potersi seguire per il quinto ıragrafo della nostra sezione che tratta ·lla *cessione dei beni*, che noi spiegheremo in altro luogo fuori la materia delle obbligazioni. La cessione dei beni non si riferisce affatto alle regole del pagamento, non essendo altro che un mezzo offerto al debitore insolvente, non già per liberarsi abbandonando tutti i suoi beni, ma per sottrarsi alla prigionia: dunque la cessione dei beni deve collocarsi nella materia *dello arresto di persona*. Pothier non avea trattato del beneficio della cessione nella materia del pagamento; e fu meraviglia che Duranton (XII, n. 8) trovi naturale questa divisione dei cinque paragrafi del Codice.

§ 1. — *Del pagamento in generale.*

666. Il Codice, indicate nel primo artiılo del paragrafo alcune idee preliminari torno al pagamento, segue poi l'ordine Pothier, e vien successivamente tratndo:

2° Da chi il pagamento debba farsi (arcolo 1236, 1238 (1189, 1191)).

3° A chi debba esser fatto (art. 1239, 1242 (1192, 1195)).

4° Come e in quale stato debba pagarsi la cosa (art. 1243, 1246 (1196, 1199)).

5° Infine dove e a spese di cui debba farsi il pagamento (art. 1247, 1248 (1200, 1201)).

1. Nozioni preliminari intorno al pagamento.

1235 (1188). — Ogni pagamento suppoe un debito. Ciò che fu pagato senza esɜr dovuto, è soggetto a ripetizione.

La ripetizione non si ammette riguardo alle obbligazioni naturali che si sieno volontariamente adempiute.

SOMMARIO

. *Ripetizione dell'indebito — Rimando — Osservazione.*
I. Obbligazione naturale, quid? *Errore degli scrittori. Rimando.*
III. Diviene similmente efficace per lo adempimento che si è fatto conosciuta la causa.

I. — 667. Dicesi pagamento lo adempinento d'una obbligazione, il liberarsi che 'a il debitore adempiendo ciò a cui era ːenuto. Quindi il pagamento suppone un lebito, e se questo non esiste, non può darsi]uello.

Posto ciò non dee prendersi alla lettera la seconda proposizione del nostro articolo, che possa ripetersi ciò che fu pagato senza esser dovuto, avvegnachè non può pagarsi ciò che non si deve. Ma se non può pagarsi, può ben darsi per errore o altrimenti *a titolo di pagamento*; se io mi tengo, ma non sono vostro debitore di 1,000 fr., ovvero se a torto mi reputo erede di colui che dovea fabbricarvi un muro; pagandovi 1,000 fr. o fabbricandovi il muro, io credo fare un pagamento, sebbene in fondo non sia. L'articolo dunque vuol dire che tutto ciò che si è procurato a titolo di pagamento senza essere realmente dovuto, può ridomandarsi.

Più in là sotto gli articoli 1376-1381 (1330-1335). saranno sviluppate le regole intorno *al ripetere ciò che è indovuto*; ma noi da ora immoriamo nella

idea, che per ripetersi un pagamento come indebito è mestieri: 1° che l'oggetto siesi procurato a titolo di pagamento; 2° che non sia dovuto nè civilmente nè naturalmente.

668. Bisogna primieramente, che l'oggetto sia stato dato a titolo di pagamento; perchè se si prova che colui che vuole oggi ridomandare, abbia fatto una liberalità, non si potrebbe più parlare di ripetere *lo indebito*, nè si potrebbe riprendere la cosa perchè non dovuta, non essendosi come tale data. Senza dubbio direbbe chi ha ricevuto la cosa: essa non mi era dovuta, ma io non pretendo conservarla come a me dovuta, bensì come a me donata; non già come creditore pagato, ma come donatario. Diciamo che non si potrebbe ripetere *lo indebito*, ma non già che non vi sarebbe luogo *a ripetere*. Ciò dipenderebbe dalla validità o nullità della donazione: se, per esempio, fosse stato dato così un immobile, sarebbe nulla la donazione, e quello potrebbe riprendersi; ma se si fosse dato un oggetto mobile, potrebbe la donazione essere valida. (*Vedi la nostra teoria dei doni manuali*, articolo 931 (855), n. III).

II. — 669. Ma che s'intende per obbligazione naturale? È questa una questione delicata, intorno alla quale la dottrina degli scrittori è poco esatta, ed ha generato non pochi errori, come vedremo in questo medesimo numero, ed anche nel n. III. dell'art. 1272 (1226).

L'obbligazione semplicemente naturale è certamente quella che esiste secondo la equità, ma che non è riconosciuta secondo la legge civile, che è valida in coscienza, e nulla in dritto. Ma tal definizione, per quanto chiara ed esatta, non ben soddisfa sotto il Codice civile, anzi a primo aspetto sembra non intelligibile.

Infatti, essendochè il nostro dritto francese, difformemente dal romano, segue sempre le regole della ragione, e vuole che ogni convenzione sia obbligatoria, quando è seria e lecita, non sappiamo vedere, come possa esistere in equità una obbligazione, e non in dritto; come si può riconoscere dalla legge, che un' obbligazione sia giusta e convenevole, e poi negarle ogni efficacia? È necessario pertanto, affinchè si comprenda che cosa sia da noi la obbligazione naturale, una definizione che sia più intima, e tale da far conoscere le circostanze eccezionali, nelle quali può presentarsi. La obbligazione naturale è quella, cui il legislatore, negata prima la efficacia ordinaria, perchè trovasi sotto una generale presunzione d'inesistenza, o d'invalidità, perviene a sanzionare appresso, quando una esecuzione libera, una novazione volontaria, o qualche altro atto, d'onde risulti la confessione del valore reale del debito, prova che la presunzione stabilita non era applicabile a quel tal caso speciale.

La legge permette che si annullino le obbligazioni contratte da un incapace per la generale presunzione che egli si sia obbligato senza conoscere appieno ciò che si faccia; non essendo giusto che si tenga nella condizione in cui siasi posto per la sua inesperienza. Ma se lo incapace, anche dopo aver fatto annullare il suo impegno, adempia liberamente la sua obbligazione, o per mezzo dei suoi rappresentanti che agiscono regolarmente, o per sè stesso divenuto già capace, la legge ne inferisce, come è di ragione, che la sua presunzione d'inesperienza e di lesione non valeva in quel caso, e che l' obbligazione era ben valida; e se l'obbligato volesse appresso rivenire dallo adempimento consumato con cui egli ha confessato la sincerità e la giustizia del suo debito, sarebbe respinto. Similmente la legge, dopo corsa la prescrizione, permette che il debitore si liberi delle sue obbligazioni, perchè il volgere di sì lungo tempo, senza che il creditore abbia reclamato, fa credere, o che il debito non sia reale, ovvero sia soddisfatto, o che il creditore conosca il fondamento iniquo del suo titolo, o vi sia qualche altro legittimo motivo per non fare eseguire la obbligazione. Ma se il debitore, compita la prescrizione, adempie volentieri la sua obbligazione, perchè ha riconosciuto il suo errore, o si è pentito della sua mala fede,

egge ben vede come non sia applica-la sua presunzione, e non vuole quindi si possa ripetere ciò che si è paga-Così ancora il Codice stabilisce come erale presunzione, che sia sragionevo-senza fondamento e da non essere pro-o qualunque debito di giuoco e di scom-ssa; ma se colui che è perdente attiene eramente la sua promessa, prova con ciò er quella moderata, conveniente, e in porzione del suo patrimonio; la legge per confessione che sorge dal pagamento to, negherà che si ripeta ciò che si è gato (art. 1965, 1967 (1837, 1839)).

670. La obbligazione naturale sotto il dice civile (a differenza del dritto romano e ne faceva una classe molto più larga) dunque quella che il legislatore sanziona po la esecuzione volontaria, o altro atto uivalente, essendo così provato non po-rsi applicare quella presunzione in forza cui quella obbligazione avrebbe dovuto nanere inefficace.

Ma non bisogna si mettano nel novero elle obbligazioni naturali, come spesso è fatto, quelle che son nulle perchè la gge le condanna come contrarie all' or-ne pubblico. Non può in fatto ammettersi e la legge, la quale proibisce una con-enzione come contraria al buon ordine, all'interesse generale, voglia poi proteg-ere lo adempimento. Così si metterebbe legislatore in evidente contraddizione on sè stesso. La giurisprudenza lo ha in-ne compreso, e moltissime decisioni han anzionato tal principio in occasione di rattati segreti per trasmissione di uffi-i (1).

III. — 671. Dalla data spiegazione ben i scorge che il Codice sanziona l'obbliga-zione naturale, non solo *dopo l'esecuzione* o altro atto equivalente), ma altresì *per ragion della esecuzione*, e perchè un de-bitore, il quale paga o altrimenti ricono-sce la sua obbligazione, ben sapendo non potervi essere astretto, confessa con ener-gia la esistenza e il valore del debito. Per ciò il nostro articolo, onde negare il dritto di ripetere, vuole che il debitore abbia pagato *volontariamente*, cioè con cono-scenza di causa, ben sapendo essere il suo debito puramente naturale e non potersi pretendere. Se fosse altrimenti, se il debitore avesse pagato per errore, te-nendosi legalmente astretto, il pagamento di lui che allora deriverebbe o potrebbe derivare dal timore delle azioni e dei co-stringimenti legali, non proverebbe ch'egli fosse intimamente convinto, nè vi sarebbe la confusione di cui discorrevamo.

Alcuni giureconsulti han combattuto que-sta dottrina, pretendendo che la parola *vo-lontariamente* non significasse *con cono-scenza della qualità puramente naturale del debito*, ma solo *con piena libertà*, *senza costringimento*. *senza violenza*. In-fatti, si dice, se fosse necessario perchè non si possa ripetere la cosa pagata, il conoscere che sia inefficace il debito, che non vi sia errore in colui che paga, non var-rebbe a nulla che il debito naturale esi-stesse, avvegnachè non essendovi affatto debito, la cosa pagata senza errore, e da chi ignorasse non doverla, non potrebbe nemmeno ripetersi.

Tre errori in uno: — 1° si suppone dap-prima come principio, che la cosa non do-vuta e pagata senza errore, non può mai ripetersi perchè chi l'ha rilasciata così, si stima legalmente che abbia voluto do-narla. Idea falsa che noi confuteremo sotto gli art. 1376, 1377 (1330, 1331)): una persona può avere il capriccio di conse-gnare un oggetto ad un altra sotto il pre-testo che glielo debba, ma senza voler-glielo dare (per esempio, affin di darglielo *in deposito* in una casa che con questo titolo forse non l' accetterebbe), in questo caso si potrebbe ben ripetere. Secondo il primo paragrafo del nostro articolo può ri-

(1) Parigi, 15 febbraro 1840; Rig., 7 luglio 1841; Aix, 7 marzo 1843; Parigi, 30 maggio 1843; Pa-rigi, 1 marzo 1844; Cassaz., 30 luglio 1844; Rig., 1° ottobre 1844; Caen, 12 febbraro 1845; Rig., 17 dicembre 1845; Cassazione, 5 gennaro 1846; Rig., 10 febbraro 1846; Rig., 20 giugno 1848; Rig., 16 dic. 1848; Rig., 16 genn. 1849; Rig., 3 dic. 1849; Cass., 9 genn. 1850 (Dev., 44, 1, 582, 584; 2, 307; 45, 1, 184; 46, 1, 116; 118, 137; 48, 1, 150; 49, 1, 29 e 282; 50, 1, 132 e 380).

petersi ciò ch'è stato pagato non volendo che il preteso pagamento sia stato fatto per errore. Similmente, secondo l'art. 1376 (1330) chiunque ha ricevuto per errore o con iscienza una cosa che non gli era dovuta, è obbligato restituirla. Si cava nel sistema contrario argomento dall'articolo 1377 (1331); ma nel caso che prevede accorda solo il dritto di ripetere a colui che ha pagato per errore ciò che non doveva, ma in esso si prevedono i casi in cui esistesse realmente un debito, e in cui quello che ha pagato fosse veramente un creditore; allora, se alcuno abbia pagato un debito non suo, avrà il dritto di ripetere contro lo stesso creditore; se lo ha fatto con iscienza potrà sempre rivolgersi, non contro il creditore, ma contro il debitore da lui liberato. — 2° Nello stesso caso in cui la cosa non dovuta fosse stata rilasciata con intendimento di donarla, vi sarebbe pure il dritto di ripetere se fosse un immobile.— 3. Infine, supposto anche un oggetto mobile rilasciato *animo donandi* vi sarebbe una grave differenza fra la tradizione così fatta a puro danno, e quella per cui si fosse pagato un debito naturale, perchè nel primo caso onde la tradizione fosse efficace, farebbe bisogno che le due parti fossero capaci l'una di donare, l'altra di ricevere, che la cosa potesse ridursi o conferirsi, le quali cose non avrebbero luogo se si pagasse un debito naturale.

Gli è dunque certo che la obbligazione naturale diventa civilmente efficace per il suo adempimento, quando volontariamente si esegue, cioè con cognizione di causa e in modo che per parte del debitore si confessi la validità del debito. Ciò fu detto dall'oratore del Governo innanzi il Corpo legislativo: « L'obbligazione naturale diventa un legame civile *per una induzione cavata dal pagamento*... Il qual pagamento è una rinunzia di fatto alle eccezioni... ; rinunzia che si presume promossa *dalla sola buona fede e dalla voce della coscienza* » (Fenet, XIII, p. 264).

Acciocchè meglio si comprenda la obbligazione naturale, si può anche leggere ciò che ne diremo sotto gli art. 1338, 1340 (1292, 1294).

2. Da chi il pagamento debba esser fatto.

1236 (1189). — Le obbligazioni possono essere estinte col pagamento fatto da qualunque persona che vi abbia interesse, come da un obbligato o da un fideiussore.

Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non abbia interesse, se questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, o se, agendo in nome proprio, non lo faccia per subentrare ne' diritti del creditore.*

SOMMARIO

I. Il secondo paragrafo, non ben compreso dai molti interpreti, vuol dire che quando il terzo che paga si fa surrogare, non si estingue il credito, ma si compra.—Osservazioni sull'indole della surrogazione.

II. Il terzo non può costringere il creditore a surrogarlo. Può costringerlo a ricevere il pagamento: si dissente da Toullier, e da Delvincourt.

III. Può anche pagare malgrado del debitore, nè ha meno il dritto di ripetere contro di lui per la utilità che dal suo pagamento gliene è venuta: si dissente da Toullier e Zachariae.

IV. Osservazioni sull'intendimento della ultima disposizione dell'articolo.

V. Nuovi sviluppamenti sull'indole della surrogazione.

I. — 672. Non offre alcuna difficoltà il primo paragrafo di questo articolo, il quale

* Il debitore è liberato, anche quando ignori che un terzo abbia pagato per lui. C. S. di Napoli, 27 sett. 1823.

ara che il pagamento di un debito può non solo dal principale debitore, ma ualunque si trovi obbligato accesso-ente e in secondo luogo. Ma non è chiaro il secondo paragrafo che si orta al pagamento fatto da chi non bbe punto obbligato rispetto al credi-

sso ci dice che l'obbligazione può es-soddisfatta da un terzo, purchè agisca ome del debitore, come rappresentante ai, ovvero che agendo in nome proprio sia surrogato ai dritti del creditore. Af-iè si comprenda quest' ultima idea è essario si ricordi che cosa sia la sur-zione, e si sappia che cosa vollero con tale parola nel nostro articolo gli ri del Codice civile. Eglino non esat-ente tolsero in questo luogo la parola *ogazione* come sinonimo di *cessione*, tesero parlare non di colui che si fosse anto fatto surrogare ai dritti del cre-re, ma di colui che avrebbe *comprato* dritti.

Surrogazione significa semplicemente *ituzione*, *successione* di una persona ad a, o d'una cosa ad altra: nella nostra eria del pagamento la surrogazione im-a mettersi un nuovo creditore nel luo-del primo, di guisa che il novello ab-rispetto al debitore i medesimi dritti l'antico. Se Pietro mi deve 500 franchi garenzia ipotecaria, e Paolo me li pa-non mettendosi in mio luogo e vece la ipoteca, bastandogli essere credi-e chirografario, non havvi surrogazione; al contrario l'ipoteca continua anche per , se il suo credito offre i medesimi ac-ssori del primo, havvi surrogazione. Com-eso ciò *in fatto*, come si spiega in drit-? Eccovi due spiegazioni, due teorie. ll'una che ci sembra la meno logica, dice che il credito pagato con surroga-one si stima non pagato, non estinto; e-stere ancora, come se invece di essere ddisfatto si fosse comprato: e quindi il edito essendo per la finzione della legge enticamente il medesimo, continua di ne-essità ad offrire le medesime garenzie, medesime ipoteche o privilegi, infine i medesimi accessori. Nel secondo sistema, più razionale secondo noi, e che abbiamo esposto sotto l'art. 374 (T), n. I, si dice che il pagamento con surrogazione annul-la il credito (essendo il pagamento ne-cessariamente la principale e più natura-le maniera di estinguere le obbligazioni) e quindi il credito che esiste poi contro il debitore in vantaggio di colui che ha pagato (e che nasce da una gestione di affari) è un novello credito; ma la legge per la sua onnipotente volontà trasporta sul secondo tutte le garenzie del primo credito.

Sebbene la prima di queste due idee sia meno esatta dell' altra, pure è quella che ebbero in mente i nostri legislatori, e che ci dà la spiegazione dell'articolo. In fatti, riguardandosi la surrogazione in que-sto sistema come impeditiva della estinzione della obbligazione, anzi facendo conti-nuarla in vantaggio del nuovo creditore, come se il credito gli fosse stato vendu-to, non si può dire essersi soddisfatto il debito, quando il terzo che è venuto a pa-gare avrà ottenuto la surrogazione.

Adunque il nostro secondo paragrafo vuol dire, che l'obbligazione potrà essere soddi-sfatta da un terzo estraneo al debito, quando questi agirà nell'interesse del de-bitore, o anche del suo proprio senza farsi surrogare; ma non potrà esser soddisfatta quando il terzo che agisce nel suo proprio interesse avrà ottenuto la surrogazione, av-vegnachè questa nel sistema dei compila-tori dell'articolo fa sì, che il medesimo de-bito continui e non già si estingua.

673. Che questa interpretazione sia e-satta riesce evidente dai lavori preparatori del Codice. Infatti, il paragrafo non era nel progetto compilato quale oggi è; il Tribunato lo propose in questo modo: « La sezione si avvisa che un debito può esser soddisfatto da un terzo che non vi sia in-teressato, sebbene agisca nel suo nome proprio: bastando che non abbia stipulato surrogazione... In breve, se vi è surroga-zione, *il debito è conservato*; se non ve n'è, il debito non esiste più (Fenet, XIII, p. 157) ». — E che il pagamento con sur-

rogazione non estingua il credito, anzi ne produca una cessione, un trasferimento, fu idea seguita dal consiglio di Stato (nel nostro articolo soltanto, perchè vedremo che in tutto il resto del Codice si contraddice questa idea che non bisogna affatto ammettere), tanto che inserito nell'articolo il mutamento chiesto dal Tribunato, dicevasi al Corpo legislativo per mezzo dell'oratore del Governo: « L'obbligazione può essere soddisfatta da un terzo che non vi ha alcun interesse, quando agisce in nome del debitore (o anche nel suo proprio nome, ma senza surrogazione). Se agendo nel suo nome proprio si fa surrogare al dritto del creditore, *non è più un pagamento, ma un trasporto dell'obbligazione (ibid.*, pag. 265) ». Finalmente, un altro compilatore, Maleville nella sua *Analisi ragionata* ci dice: « L'obbligazione *non è soddisfatta* da uno estraneo che si fa surrogare, cioè non è estinta, e *passa* dal creditore primitivo a quello che si fa surrogare ».

È inesatta dunque la dottrina secondo la quale il nostro articolo vorrebbe dire che il terzo non può costringere il creditore a surrogarlo nei suoi dritti contro il debitore (1). L'articolo non tratta affatto se il terzo possa o non costringere il creditore a surrogarlo; avendo voluto solamente dire, che non si soddisferà il debito con la surrogazione la quale lo fa continuare in vantaggio del nuovo creditore.

II. — 674. Del resto se il nostro articolo non esprime chiaramente che il creditore non può esser costretto a surrogare il terzo, non è meno esatta cotesta idea, che risulta dagli art. 1249 (1202) e seguenti. Infatti la surrogazione, secondo questi articoli, non può derivare che dalla disposizione medesima della legge, o da una convenzione; ma il creditore non può esser costretto a consentirlo nascendo le convenzioni dalla libera volontà delle parti; consentire ed esser costretto sono idee contraddittorie.

Ma se il terzo non può costringere il creditore a surrogarlo, egli può, checchè ne dicano Delvincourt e Toullier (VII, 11) costringerlo in tutti i casi a ricevere il pagamento, essendo che giusta il nostro articolo assolutamente e senza distinzione egli è capace di pagare. E da che egli può costringerlo a ricevere il pagamento, può dunque, ove quegli si ricusi, estinguere il debito con la offerta di cui parleremo nel § 4.

III. — 675. E il terzo non solo può pagare malgrado del creditore, ma anche malgrado del debitore; e il pagamento fatto anche contro l'espresso divieto di costui, gli darebbe il dritto di rivolgersi contro colui di cui ha fatto il negozio, ma solo per le utilità che il debitore avrebbe realmente tratto dal pagamento.

Toullier (VII, n. 12) e Zachariae (III, p. 182) fondandosi sopra la decisione di Giustiniano (L. ultima, *Cod. de neg. gest.*, 2, 19) insegnano il contrario e pongono in regola generale, che chi s'ingerisce negli affari di un tale a malgrado di lui non ha azione per ripetere ciò che ha pagato, dovendo riguardarsi come gli avesse fatto un regalo. Questo è secondo noi un evidente errore fondato sopra una di quelle tradizioni non abbastanza legittime. Vedemmo già (art. 555 (480), n. VI) che il Codice non ha ammesso tali presunzioni tanto incerte di gratificazione. L'art. 1375 (1329) dichiara che « colui *il cui affare fu bene amministrato* deve ristorare l'amministratore di tutte le spese utili da esso fatte »; e non sappiamo come si possa sfuggire tal regola così ragionevole e insieme così positiva. Senza fallo se il debitore fa vedere che il suo creditore gli avrebbe dato dilazione, ovvero ridotto il debito, si accorderanno rispetto all' amministratore le medesime dilazioni o la medesima riduzione, essendo che la spesa gli fu *utile* solo con tale limitazione, e valutando i fatti si dovrà aver riguardo al debitore, essendo il terzo in colpa di aver pagato malgrado di lui, ma si contraffà apertamente all'art. 1375 (1329) stabilendo in principio,

(1) Delaporte (sopra l'articolo); Duranton (XII, 13, paragr. 8); Demante (II, 690).

fanno Toullier e Zachariae, che il non avrà azione quando avrà pagato il consenso del debitore.

. Duranton non sostiene, come a torto Zachariae la dottrina che noi qui commo, anzi la restringe dicendo, che ne dovrà accordarsi o negarsi secon speciali circostanze del fatto. Se Dun non fosse andato più in là, la sua osizione, sebbene vaga, o meglio persarebbe stata più vaga, non sarebbe inesatta; ma il dotto professore seo noi è in errore, quando volendo deinar la sua idea, aggiunge che i trili dovranno deliberarsi *secondo i moche abbiano potuto determinare il a fare il pagamento.*

questa una regola arbitraria e che ha base nella legge: non bisogna aver ardo al motivo per cui il terzo agisce, al vantaggio che dal pagamento ha ito cavare il debitore. Se le circostanporgano nessun guadagno abbia fatto, il non avrà azione, e l'avrà per lo inse quegli ne ha guadagnato per lo ro, dacchè lo ripetiamo, l'artic. 1375 29) vuole che il debitore ristori tutte pese utili fatte da lui.

V.—677. Secondo i dati sviluppi, la osizione così oscura e difficile della del nostro articolo non ha quell'intenento che le si potrebbe dare a primo etto. Essa non altro fa che recare al icipio una eccezione che doveva non ere espressa, e nè anco è esatta.

nfatti tutto insieme l'articolo significa: n debito si estingue sempre col paganto, e questo può farsi da qualunque sona, anche estranea alla obbligazio. Ma non pertanto è necessario che il zo non sia surrogato ai dritti del creore, dacchè mercè la surrogazione il desimo debito continuerebbe in prò del rrogato ». Or tal pretesa eccezione, pposto che sia esatta, non doveva ese qui espressa, bastando il dire che il gamento può farsi da tutti, salvo a tratte più innanzi degli effetti speciali del pagamento con surrogazione. Ma nè anco esiste siffatta eccezione, nè si potrebbe riconoscere dove non si mettesse il Codice in contraddizione di se stesso, avvegnachè il pagamento, da una mano non altro sia che l'adempimento di una obbligazione, dunque qualunque pagamento estingue di forza la obbligazione. Or se d'altra mano si ammettesse che la surrogazione fa continuare la obbligazione, trasferendo il credito sempre identico a se stesso da un creditore ad un altro, ne seguirebbe che le parole *pagamento con surrogazione* che di frequente si incontrano nella legge, vorrebbero dire *estinzione con continuazione*, *annullamento con mantenimento*, non porgendo così che uno assurdo.

Pertanto non ci pare potersi ammettere che il debito continui mercè la surrogazione ottenuta da chi lo paga; e secondo noi è più logico il dire che il pagamento con surrogazione estingua il debito, facendone nascere un altro sul quale la legge trasferisce tutte le garenzie del primo.

V.—678. Tutte insieme le dottrine degli antichi e moderni scrittori intorno alla surrogazione sono queste: il pagamento con surrogazione doversi riguardare in principio quasi effettuasse il trasferimento, la cessione del credito; ma non essere assoluto tale effetto, e dipendere al postutto dall'intendimento delle parti di cui una ha fatto, e l'altra ha ricevuto il pagamento; se il terzo che paga ha voluto realmente per se tutto il credito, il pagamento effettuare un vero trasferimento per cui potrà domandarsi l'intero debito, anche se solo una parte del prezzo si fosse pagata; al contrario, se il terzo ha mirato principalmente a liberare il debitore verso il suo creditore, il pagamento con surrogazione potere riguardarsi come estintivo del primo debito, da cui ne nasce un altro; quindi tutto in tale materia dipendere dalle circostanze di fatto, che valuteranno i tribunali (1).

(1) Dumoulin (1ª Lezione a Dôle, e Tract. de usur., n. 276 e seguenti); Ranchin (parte 1, con-

Ma in fondo a tutte queste dottrine (e di conseguenza, nella mente dei compilatori del nostro articolo), v'è una confusione che bisogna oramai far cessare, ed è tale da ingenerare una questione tanto più lunga ed oscura che in fondo sarebbe questione di parole. Infatti, il più degli scrittori movendo dal significato della parola *surrogazione* che è « il mettere una persona o una cosa invece di altra persona o di altra cosa » usano la parola *surrogazione* per esprimere anche una cessione propriamente detta di credito. Quando noi dichiariamo positivamente che voi mi vendete, e che io compro il vostro credito contro di Pietro, ovvero quando voi me lo darete, dicesi esservi una surrogazione perchè io sono surrogato a voi, succedo nei vostri dritti contro di Pietro. Or bene: la oscurità viene da questo troppo largo significato che si dà alla parola *surrogazione*. Ove ne andremmo, se anzichè dare a ciascuna cosa un nome che la distingua dalle altre, confondessimo così con una espressione le cose più disparate? Ci si dice che le *cessioni* sono surrogazioni! È vero, perchè pongono il cessionario nel luogo del cedente; ma le *vendite*, qual che ne sia l'oggetto, o immobili o mobili corporali, ovvero crediti, le donazioni, saranno altresì surrogazioni, perchè pongono il creditore nel luogo del venditore, il donatario nel luogo del donante; sarebbe il medesimo delle successioni perchè pongono lo erede nel luogo del defunto; infatti Renusson spiega che l'accettazione d'una eredità è una surrogazione. Ma con tal sistema come possiamo mai intenderci? Ogni cosa sarà surrogazione, sarà successione, sostituzione; tutto sarà in tutto, e nulla più si comprenderà! Pertanto non diremo con Toullier (VII, n. 123, note) che non bene a proposito si è voluto distinguere la cessione dalla surrogazione.

Diamo ad ogni cosa speciale il suo proprio nome. Venduto, dovuto, o altrimenti trasferito un credito da una ad altra persona, diciamo esservi *vendita*, *donazione*, *permuta*, ec., o in generale *trasporto*, *cessione*,, ma non già surrogazione, riserbando quest'altra espressione per il caso speciale in cui il novello creditore succede all'antico, non già per il credito stesso, ma solo pei dritti accessori che danno al suo credito le medesime garenzie del primo. Con una scelta più accurata di parole ci intenderemo facilmente sulle cose, e comprenderemo in fondo le idee male espresse dagli scrittori.

679. Infatti, ci si dice che nel pagamento fatto da un terzo con surrogazione giudicheranno i tribunali secondo le circostanze, se il terzo abbia voluto estinguere il credito contro il debitore salvo l'effetto del novello credito da lui acquistato ovvero appropriarsi il credito stesso già esistente. Or tal proposizione, contraddittoria nei suoi stessi termini, diviene esattissima se si muti per poco la espressione, conservando in fondo le idee.

La proposizione non è esatta, perchè essendovi pagamento il terzo *ha estinto di forza* il debito; se al *contrario lo ha voluto* lasciare sussistere *onde farlo* suo, egli non ha pagato, perchè pagare vale estinguere. Tutto questo dunque è inesatto, ed ecco ciò che deve dirsi:—La cosa si deciderà con le circostanze del fatto e secondo l'intendimento delle parti. Ma non bisogna decidere secondo tale intendimento se il pagamento con surrogazione produrrà questo o quell' altro effetto (non potendo produrne che un solo di estinguere il debito, conservando le sue garenzie per lo altro debito che sorge); ma se vi sia o non pagamento con surrogazione, se pagamento ovvero cessione. Se il terzo ha voluto estinguere il debito ed ottenere le sue garenzie per l'altro debito in suo prò, vi è pagamento con surrogazione; se al contrario ha voluto acquistare lo stesso debito evvi cessione.

clus. 84); Loyseau (*Officy*, lib. 3, cap. 8); Lacombe (*Racc. di Giurispr.*, alla parola *Surrogazione*); Renusson (*Tr. di Surrog.*); Domat (l. civ., sez. 3, lib. 3); Pothier (n. 280 e seguenti); Toullier (VII, n. 119 a 125); Duranton (XII-114 e 122, par. 4); Dalloz (alla parola *Obbligaz.*, cap. 5, sez. 4) Grappe (*Quest. di Merlin* alla parola *Surrogaz.*); Zachariae (II, p. 137 e nota).

La disposizione del nostro articolo de- in somma concepirsi così: « Un debito » soddisfarsi e quindi estinguersi da qua- que persona, anche da un terzo estra- » del tutto, ma non bisogna che il terzo npri il debito, non estinguendosi più in esto modo la obbligazione ».

680. Se i nostri compilatori per segui- un tristo uso, parlarono a torto di sur- gazione nel nostro articolo, onde espri- re un caso di cessione, non si trova in ra parte del Codice una tale inesattez- Essi trattavano di surrogazione nella stra materia del pagamento, riserbando titolo della *vendita* la materia delle ces- ni o dei trasporti; e si noti che nel pa- grafo del *pagamento con surrogazione* non ontreremo nè una volta le parole *cedere cedente cessione cessionario*, come nel capitolo del *trasporto dei crediti* (articolo 1689, 1701 (1635, 1547)) non si troveranno nemmeno una volta le parole *surrogare*, *surrogazione*, ec.

I compilatori scorsero la differenza fra i due casi, e per sola inavvertenza potè sfuggire la espressione del nostro articolo, dalla quale non si potrebbe inferire un sistema contrario a tutto insieme il Codice. È questa un'altra ragione per evitare con accorgimento la confusione da noi avvertita, e che Toullier sembra riprodurre con affettazione, specialmente nel n. 124 *in fine* ove vuol presentare le parole *cessioni* (o trasporti) e *cessionari*, come sinonimi perfetti di *surrogazioni* e *surrogati*.

1237 (1190). — L'obbligazione di fare n può adempiersi da un terzo contro la lontà del creditore, ove questi abbia interesse che venga adempiuta dal debitore medesimo.

681. Il principio stanziato dal prece- nte articolo, che l'obbligazione può es- re soddisfatta tanto dallo stesso debito- , che da qualunque altro, sia pure un rzo, è vero in quanto il creditore non interesse che il debitore adempia per- nalmente. Che se al creditore preme che lo stesso debitore esegua la obbligazione, come può avvenire nelle obbligazioni che han per oggetto di far qualche cosa, egli può pretenderlo; per esempio, se convengo con quel pittore di dipingermi un quadro, non posso esser costretto a prendere un quadro fatto da altri.

1238 (1191).—Per pagare validamente, necessario esser proprietario della cosa ata in pagamento, ed esser capace di alie- arla.

Nondimeno non si può ripetere il paga- iento di una somma di danaro, o di altra cosa che si consumi coll'uso, contra il creditore che l'abbia consumata in buona fede, quantunque il pagamento sia stato fatto da chi non era proprietario . o non era capace di alienarla.

SOMMARIO

. *Troppo larga e poco matura compilazione dell'articolo che può applicarsi solo ai pagamenti che debbono effettuire un trasporto di proprietà.*

II. Diversi effetti del pagamento fatto in tal caso dal non proprietario e dal proprietario incapace.

I.—682. Quest'articolo cavato da'numeri 459, 461 di Pothier, è stato copiato senza discernimento e in modo da presentare una disposizione inesattissima.

L'articolo incomincia dal dire che per pagare validamente una cosa, bisogna esserne proprietario e capace di alienarla. Or la regola così espressa è certamente falsa. Quando, per modo di esempio, mi avrete prestato o dato in deposito la vostra ar-

genteria, non si può pretendere, perchè io adempia la mia obbligazione, restituendovi l'oggetto prestato o depositato, che io ne sia proprietario e capace di alienarlo, poichè l'oggetto è vostro. Dippiù Pothier spiegò che questa regola si applicava alle obbligazioni che consistono *in dando*, in un trasferimento di proprietà. Ma a prescindere da ciò, la regola non ha nel Codice civile quell'intendimento che le dava Pothier, dacchè la proprietà, secondo l'articolo 1138 (1092), trasferiscesi oggi per lo effetto immediato della convenzione, e senza bisogno di tradizione, purchè l'oggetto sia determinato *in individuo*. Avendovi venduto, donato, permutato una casa o quel cavallo o quell'altro oggetto individuamente determinato, io non potrei esser proprietario nel punto del pagamento della mia obbligazione, cioè quando vi rilascerò l'oggetto, poichè per la stessa convenzione la proprietà è passata in voi. Per medesimezza di ragione io non debbo esser capace di alienare, non essendo il pagamento un'alienazione; bisognava che lo fosse nel punto che la alienazione si compiva, cioè, quando faceva la vendita, la donazione, ec. Il nostro articolo può soltanto applicarsi ai pagamenti che importano alienazione, cioè nei casi in cui il debitore resti proprietario fino allo adempimento, mercè il quale egli deve trasferire la proprietà.—Sotto il Codice civile gli è così quando l'oggetto a pagare sia soltanto determinato *in genere*, o anche quando le parti abbiano positivamente convenuto che il debitore riterrebbe la proprietà della cosa fino alla tradizione; per mò di esempio, se vi ho dichiarato di vendervi non *il tal cavallo*, ma solo *un cavallo*; ovvero se vi ho promesso il tal cavallo o la tal casa, stipulando che per eccezione alla regola dell'art. 1138 (1092) io ne conserverò la proprietà fino al rilascio.

II.—683. Perchè sia valido il pagamento col quale la proprietà deve trasferirsi, è necessario: 1° che colui che paga ne sia proprietario: 2° che sia capace d'alienare.

1°. Se colui che paga non fosse proprietario, qual ne sarebbe la conseguenza? Se l'oggetto rilasciato *a non domino* è un immobile, il vero proprietario potrà ritoglierlo al creditore, finchè non sia corso il tempo della prescrizione. Ma tale rivendica se non è esercitata dal proprietario, non potrebbe esserlo dal debitore che ha rilasciata la cosa; avvegnachè non possa rivendicare colui che deve rispondere della evizione fatta da altri: *quem de evictione tenet actio*, *eundem agentem repellit exceptio*. Se l'oggetto fosse mobile, e non fosse nè perduto, nè rubato, il creditore che l'ha ricevuto in buona fede, non può essere molestato, dacchè riguardo ai mobili il possesso di buona fede, anche di un momento, rende immediatamente proprietario (articolo 2279, § 1 (2183)). Se l'oggetto fosse infine un mobile perduto o rubato, il creditore che lo ha ricevuto non potrebbe prescrivere, se non corsi tre anni dal giorno che è stato perduto o rubato (*ibid.*, § 2), e fino a quel tempo potrebbe ripeterlo contro di lui, non quegli che ha pagato (secondo il già detto), ma il vero proprietario. Che se il creditore avesse consumato di buona fede il mobile perduto o rubato, sarebbe al coverto da qualunque azione, secondo la disposizione formale del 2° parag. del nostro articolo.

Del resto, il creditore può mantenere il pagamento, e conservare la cosa pagata quando non è corsa la prescrizione (cioè immediatamente pei mobili non perduti nè rubati; dopo tre anni, dal dì della perdita o del furto per gli altri; e per gl'immobili, dopo i termini stabiliti), ma non vi è costretto, e può dire al debitore: « La mia coscienza non vuole che io usi della prescrizione, io non voglio conservare un oggetto che non mi è venuto dal suo vero padrone, riprendetelo, dandomene uno che sia vostro ». Sembra evidente non potersi respingere questa giusta pretensione del creditore, perchè da una parte qualunque convenzione deve eseguirsi in buona fede, e il debitore doveva consegnare una cosa che fosse sua (art. 1134 (1088)); d'altra parte non si può, a malgrado di noi, pre-

:rivere nè esser costretti a giovarci della escrizione.

2°. Quando il debitore proprietario della ·sa data in pagamento non fosse capace alienarla (ad esempio, un pupillo che , pagato da se , o una donna maritata ıe non sia autorizzata dal marito), non il editore, ma l'incapace o i suoi rappre- ntanti possono chiedere che si annulli pagamento; dacchè, come si sa, la in- pacità è stabilita in vantaggio degl'inca- ıci (articolo 1125 (1079)). Il solo ebitore pertanto potrà fare rescindere il ıgamento se vi abbia interesse; per esem- o, se invece di dare un cavallo *in ge- ere* a cui era obbligato , ne abbia dato ı altro di prezzo maggiore , col rilascio l quale avrebbe potuto similmente libe- rsi, ovvero se essendo debitore di due ;getti alternativamente , e potendo libe- rsi rimettendo l'uno o l'altro, egli avesse ıto quello che fosse più caro. Ma qui mpre , secondo la disposizione del no- ro secondo paragrafo, l'azione dell'inca- ıce non sarebbe possibile, se il credito- re avesse consumato di buona fede la co- sa ; se di mala fede , l'incapace avrebbe la sua azione , non già per riprendere una cosa che più non esisterebbe, ma per ottenere un ristoro.

684. La perdita della cosa per caso fortuito avvenuta presso il creditore, pro- duce diverso effetto , secondochè la cosa si fosse data *a non domino*, o solo dal proprietario incapace di alienare. Nel- l'un caso il creditore, come abbiam vi- sto, può dir sempre, non avere lui acqui- stato, la cosa che non divenne sua, esse- re perita per conto del proprietario, e il debitore, non essendosi liberato col paga- mento rimasto nullo , essere obbligato a farne un altro. Se al contrario la cosa ap- partenesse al debitore, che fosse soltanto incapace di alienare, allora il pagamento sarà valido, e la perdita toccherà al credito- re, avvegnachè lo effetto della incapacità non possa essere allegato che dall'incapa- ce, il quale non l'allegherà contro se stes- so, impugnando lo eseguito pagamento.

8. A chi debba farsi il pagamento.

1239 (1192).—Il pagamento dee farsi creditore, o a persona che sia da lui dal giudice o dalla legge autorizzata riceverlo.

Il pagamento fatto a colui che non ab- bia facoltà di riceverlo pel creditore, divien valido, quando costui lo ratifichi o ne ab- bia profittato.*

685. Il pagamento deve farsi al credi- ıre che è capace di ricevere , o a chi ı rappresenta in forza del mandato, con- enzionale, giudiziario, o legale. Se il man- ato del creditore fosse spirato al tempo el pagamento, bisognerebbe far la distin- ione: o il mandato ha in se la prova di ssere spirato (per esempio, se fosse dato no a quel tempo già venuto), e allora il agare a chi esibisce tal mandato impor- erebbe fare un atto nullo ; o il mandato ato prima per un tempo più lungo è stato evocato dal creditore , e allora io posso pagare sempre al mandatario, finchè non mi sia notificata la revoca (articolo 2005 (1877)), essendo che io non possa indo- vinare la revoca, di cui dovea darmi co- noscenza il creditore (Pothier, n. 474). Se io pago un terzo che in forza di un falso mandato mi chiede il pagamento, sarebbe nullo il mio pagamento, ed io sarei tenuto a pagare un' altra volta, essendo in colpa di non aver preso sufficienti notizie. Il che avverrebbe pure se non potessi essere tas- sato di negligenza , poichè chi non ha saputo schivare una frode contro lui diretta

* Sul fondamento di semplici presunzioni non i può, in onta del titolo, decidere che una som- ıa sia di spettanza di altri, e non di quello cui il titolo stesso l'attribuisce. C. Supr. di Napoli, 11 marzo 1851.

deve soffrirne la conseguenza : in questo caso io sono l'ingannato e non il creditore (*ibid.*).

Del resto, il pagamento a chi non era capace di riceverlo diventa valido in tre casi, due dei quali sono indicati dal nostro articolo, e il terzo dal seguente: 1°. quando il creditore ratifica poi il pagamento; 2° quando il creditore si [è vantag]gjato del pagamento, come se fo[sse fatto] a lui medesimo: e se il pagamento [fos]se in parte vantaggiato, sarebbe va[lido per] la parte, e nullo pel resto; 3° infin[e quan]do il debitore è stato tratto in ing[anno dal] possesso del credito in cui era il [pretendente], come dirà il seguente articolo.

1240 (1193). — Il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito, è valido, ancorchè il pos[sessore] ne soffra di poi l'evizione.

686. Essere in possesso di un credito non importa posseder l'atto, la scrittura, che del credito fa prova, ma avere il possesso pacifico della qualità di creditore. L'erede apparente possiede i crediti ereditari, e i pagamenti fatti a lui dai debitori della eredità sono validi, sebbene poi lo erede reale rivendichi contro di lui. Il possedere semplicemente l'atto costitu[tivo ...] possesso di effetti pagabili al lato[re ...] Sopra il nostro articolo si fondano [...] per decidere che l'erede apparent[e può] vendere validamente i beni ereditar[i ...] l'argomento che se ne vuol trarre [è stato] da noi confutato sotto l'art. 137 (1[...]).

1241 (1194). — Non è valido il pagamento fatto al creditore, se questi fosse incapace a riceverlo ; purchè il debitore non provi la versione a vantaggio [del cre]ditore.

687. Il pagamento è valido quando è fatto al creditore *capace*; quindi sarebbe nullo, se fatto ad un minore, ad un interdetto, ad una donna maritata che non sia autorizzata, sebbene questi possedessero il credito; è nullo parimente, se fatto ad un mandatario scelto dal creditore incapace. Ma al contrario essendo capace il creditore, non monta che sia incapace il mandatario eletto; io pagherò validamente al minore o alla donna maritata che son designati dal mio creditore, padrone dei suoi dritti, acciocchè ricevessero in suo nome (art. 1990 (1862)).

Ma il pagamento fatto al creditore incapace diventa valido in tutto o in parte, se è volto in tutto o in parte in vantaggio di lui; non importando che il vantaggio esista ancora o sia cessato quando il creditore chiederebbe un altro pagamento. Se io, anzichè al tutore, ho pagato una somma ingente al suo pupillo , e quello ne ha acquistata una casa per costui , il mio pagamento è divenuto valido per questo fatto; nè vale che la casa siasi poi distrutta, perchè ciò non si riferisce al pagamento fatto da me al pupillo. [...] farsi un nuovo pagamento, se non quando il pupillo, cui si è fatto il pagamento, sia privato di un guadagno che doveva ottenere, e avrebbe ottenuto se il pagamento si fosse fatto regolarmente al suo [tutore]. — Ben si comprende che il pa[gamento] fatto all'incapace diventerebbe [valido] do per la ratifica di colui che dov[eva rice]vere il pagamento.

688. Le incapacità sono stabilite a [van]taggio degli incapaci, ed essi soltanto sono profittarne; quindi il debitore [che] ha fatto il pagamento ad un credit[ore in]capace, non può agire per ottener[e, es]sendo ancora in tempo, che sia r[ipetuto] il pagamento. Senza fallo, il dritto [d'im]pugnare il pagamento e farlo dichi[arare nul]lo, non è del debitore, bensì del [creditore in]capace : ma il debitore non [...] pagamento si dichiari nullo, ma [...] tore o il marito ratifichino il pa[gamento] fatto, quando si è ancora in tempo [...] cosa pagata non sia indarno spesa.

242 (1195).—Il pagamento fatto dal tore al suo creditore, in pregiudizio di sequestro o di un atto di opposizione, è valido a riguardo dei creditori sequestranti o opponenti: questi a proporzione dei loro dritti possono astringerlo a pagare di nuovo; salvo in tal caso soltanto il regresso contra il creditore.

689. Il sequestro o l'opposizione sono sola e medesima cosa (Cod. procea art. 557 (647) e seguenti): cioè il ieto fatto da me al debitore del mio)itore di non pagare a costui in predizio dei miei dritti. Chiamasi *debitore uestrato* o semplicemente *sequestrato* el tale per il debito di cui si è fatto sequestro, *terzo sequestrato* quello nelle ni di cui il sequestro è fatto, e *sequeante* quello che lo fa.

Il nostro articolo, che riproduce qui il mero 469 di Pothier, dichiara, che co- il quale non ostante il sequestro fatto ga il suo creditore, deve fare un sendo pagamento al sequestrante; salva sua azione contro il suo creditore, il bito del quale sarebbesi pagato da lui r due volte.

690. Si é fatta questione, se nel caso cui la somma dovuta dal terzo sequerato fosse maggiore di quella per la tale si è proceduto al sequestro, il terzo trebbe senza rischio alcuno pagare il ppiù al creditore. Voi dovete 2,000 fr. Pietro, che ne deve a me 800, pei ali io fo un sequestro contro di voi; poete voi senza rischio pagare a Pietro i ,200 fr. che eccedono il mio credito? arrebbe a primo aspetto che sì; eppure en deciso con ragione il contrario (Duanton, XII, 65).

Infatti, l'opposizione fatta non è solo un ivieto di pagare gli 800 franchi a me douti, ma di fare alcun pagamento che possa nuocere al mio credito; or potrebbe avvenire che la somma di 800 franchi conservata da voi non basti per ristorarmi, e che io non abbia ciò che avrei potuto avere se si fossero da voi conservati per intero i 2,000 franchi.

Dopo il pagamento fatto da voi dei 1,200 franchi, un altro creditore di Pietro sequestra a sua volta gli 800 franchi; egli ed io (supposto che non vi sia alcuna causa di preferenza fra noi) verremo per contributo, in proporzione di quel che ci si deve, a dividere gli 800 franchi da voi conservati, avvegnachè l' aver fatto prima il sequestro non dia alcun privilegio al credito. Ciascheduno di noi adunque prenderà 400 franchi, e siccome io son ridotto ad aver la metà del mio credito per colpa vostra e perchè avete pagato contro il mio divieto, così avrò il dritto di chiedere da voi gli altri 400 fr., salvo la vostra azione contro Pietro. Del resto il secondo sequestrante, sebbene abbia pure non altro che 400 franchi invece di 800, non potrà farsi pagare da voi il dippiù, essendo che il vostro pagamento dei 1,200 franchi che precedeva il suo sequestro, non era fatto contro il suo divieto.

In breve, il pagamento del terzo sequestrato può farsi soltanto dichiarar nullo da quei creditori che hanno già sequestrato; se non che può dichiararsi nullo per tutto ciò di cui quel pagamento li abbia privato.

4. Come e in quale stato debba pagarsi la cosa.

1243 (1196).—Il creditore non può esser costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa che si offre, fosse eguale o anche maggiore.*

* Le fedi di credito, ossia biglietti di banco, possono darsi in pagamento di somma determinata. Esse sono elevate al valore di commercio effettivo. C. S. di Napoli, 17 marzo 1846.

691. Siccome il pagamento consiste nel prestare la cosa o compiere il fatto che forma l' oggetto della obbligazione, così il creditore non può essere costretto a ricevere un oggetto invece di un altro, tranne che egli non vi consenta.

Se il creditore vuol mutare l' oggetto del debito, l' obbligazione primitiva viene sostituita da una seconda diversa obbligazione, dimodochè la prima si estingue con la *novazione* (di cui parleremo nella sezione II), per dar luogo ad una altra obbligazione che si estinguerà col *pagamento*. Se io vi era debitore di 2,000 franchi, e voi me ne liberate per un viaggio che io debba fare per voi, la mia prima obbligazione estinguesi con la *novazione*, e il viaggio che io fò è il *pagament*[o del]l'altra.

Se l'obbligazione si estingue con u[n tra]sferimento di proprietà, con una *da*[zione] che la muti; per esempio, se dove[te] pagare 1,000 franchi, o imprendere [per] voi quel viaggio, o dipingervi un qu[adro, e] voi me ne liberate mercè il rilascio [del] mio cavallo, si dice allora esservi *da*[zione] *in pagamento*, cioè *dazione in luog*[o di] *un pagamento*, il che importa TRASFERI[MENTO] DELLA PROPRIETÀ DI UNA COSA, *che non* [è] *l'oggetto dell' obbligazione*, *trasferim*[ento] CHE STA INVECE DEL PAGAMENTO: ovvero [il] *diretto adempimento di ciò a cui il de*[bi]*tore era prima tenuto*.—La dazione in p[a]gamento quindi è un caso di novazio[ne].

1244 (1197).—Il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè divisibile.

Pur non di meno i giudici, avendo riguardo alla situazione del debitore, ed usando di questa facoltà con molta riser[ba], possono accordare dilazioni moderat[e] pel pagamento, e sospendere l'esecuzi[o]ne giudiziale, rimanendo ogni cosa nel suo stato.*

SOMMARIO

I. I giudici possono accordar dilazioni di pagamento, ossia termini onde farsi il pagamento in parti. Confutazione della dottrina di Duranton.

II. Lo possono non ostante qualunque contraria stipulazione.

III. Lo possono anche se il debito sia stabilito per atto autentico. Si dissente dagli scrittori. Caso in cui cessa la facoltà.

I.—**692.** Un debitore non ha il dritto di fare in frazioni e in tempi diversi il pagamento, non avendone stipulato la facoltà; sarebbe il medesimo che pagar meno di quel che egli debba; *minus solvit qui tardius solvit*. Ma il terzo paragrafo del nostro articolo, come per eccezione, dà facoltà ai tribunali di abilitare a ciò il debitore, se lo giudicheranno assolutamente necessario per lui, e senza pregiudizio del creditore.

Quest' idea, che ci pare incontrastabile, non è ammessa da tutti: Duranton (XII, 88) seguito da Dalloz (sez. I, art. 1, parag. 5, n. 24) sostiene con molto calore che il giudice può accordare un termine per farsi il pagamento, ma non mai dividere il pagamento. Questo errore è molto importante nella pratica, e il dotto professore insiste perchè si adotti, onde noi crediamo doverlo accuratamente confutare.

Duranton dice non essere la quistione risoluta nè dal resto dell'articolo, nè dalla discussione del consiglio di Stato; a noi sembra il contrario.

E dapprima, il testo con la congiunzione *nondimeno* (che Duranton chiama un avverbio) indica già che *il secondo para*-

* Il giudice che ha accordata al debitore una dilazione al pagamento, ha già esaurite le facoltà concessegli con l'articolo 1244 del Codice civile; e non può accordare un secondo termine per la soddisfazione del debito. C. S. di Napoli, 23 agosto 1810.

rafo dell'articolo fa una eccezione al prinipio posto dal primo; e siccome il prinipio è che il creditore non può esser cotretto a ricevere in parte il suo pagaiento, così si tratta del caso eccezionale el pagamento in parti. Oltre a ciò il paagrafo parla di accordar *dilazioni* (in pluale) *per il pagamento* (in singolare), il he importa parecchi pagamenti fatti per seguirne un solo, quindi un pagamento itto in frazioni; noi difatti vedremo che e i compilatori usarono la parola *dilaioni* per significare i vari termini di un agamento diviso, gli è appunto perchè sprimeva con maggiore energia il loro ensiero.

Vediamo ora la discussione del Consilio riportata intera da Duranton, ed avuta la lui come di nissun momento: « Il conole Cambacérès vuol sapere se quell'aricolo autorizzerebbe il giudice *a dichiarar a divisione dello stesso pagamento essenosi diversamente stipulato*. Bigot-Preameu dice non essere stato intendimento della ezione di *estendere* quella disposizione nel *enso* accennato dal Console ». Ben si scorge che il Console volea sapere, non se possa arsi la divisione, ma se la si possa di fronte ad una contraria stipulazione; si rispose che *tale estensione* non volea darsi dalla sezione, ma la fine del verbale non lascia alcun dubbio intorno a ciò. « Treilhard espone lo spirito dello articolo dicendo « che... si è supposto un debitore, il quale, provata la sua insolventezza, chiede una breve dilazione per una parte del pagamento. In questo caso, secondo l'articolo, il giudice lo condanna per l'intero, *assegnandogli i termini del pagamento*. Lo ARTICOLO SI ADOTTA » (Fenet, XIII, p. 77). Così l'articolo è adottato, senza veruna altra osservazione, immediatamente dopo che Treilhard ne ebbe *esposto lo spirito* in quel modo. Invero Duranton lo vorrebbe forse più chiaro?

Ma ciò non è tutto; se Duranton avesse meglio letto i lavori preparatori, non che il testo dello articolo che così si adottava, avrebbe veduto che l'essersi adottato, a prescindere da qualunque altra osservazione, dimostrava ben chiaramente la facoltà che ha il giudice di autorizzare il pagamento diviso. Difatti l'articolo, quando il Consiglio lo adottava, era così concepito: « Il debitore non può costringere il creditore di ricevere in parte il pagamento di un debito anche divisibile.— Il giudice nondimeno, avuto riguardo alla condizione del debitore..... può autorizzare *la divisione del pagamento*; ma deve usare di questa facoltà con grave riserva » (Fenet, XIII, p. 25, art. 140).

Essendo questo l'articolo che si dichiarava di adottare; non può dirsi che si volesse accordare una dilazione per il pagamento, ma non la divisione di esso. Nemmeno può farsi credere, come tenta Duranton, che si tratti del caso in cui il creditore si fosse concertato col suo debitore per accordargli la divisione richiesta. Ben difficilmente si comprende che siffatta idea siasi potuto manifestare da un giureconsulto. Se la divisione si fosse consentita dal creditore, non vi sarebbe stato bisogno d'un articolo per dare al giudice facoltà di pronunziarla, raccomandandogli di usarne con grande riserva; non si avrebbe discusso, se la divisione potesse anche farsi di faccia ad una contraria stipulazione.

693. La sola obbiezione che dovrebbe prevedersi, potrebbe cavarsi dal mutamento recatosi al testo primitivo dopo le osservazioni del Tribunato. Ma tal cambiamento conferma sempre più il dritto che ha il giudice di permettere il pagamento diviso.

Invero il Tribunato aveva chiesto istantemente che si sopprimesse il secondo paragrafo del nostro articolo. « Era questa, a suo avviso, una disposizione che dava troppo arbitrio; era una violazione del principio, che le convenzioni son legge per coloro che le han fatte; era un germe che farebbe sbucciare infinite domande per *termini e dilazioni* ». (Fenet, XIII, p. 157). Ma il Consiglio di Stato bene o male preoccupato (con molta ragione secondo noi) della durezza tanto ridicola, quanto spietata di alcuni creditori, non tenne ragione di quel voto; e a manifestare con maggiore

energia il suo rifiuto, quando l'articolo fu nuovamente compilato e fu necessario un altro mutamento, di cui più sotto parleremo (num. III), volle esprimere la sua regola nei termini stessi in cui era stata censurata. Il Tribunato voleva che non fosse permesso accordar *dilazioni*; il Consiglio rispose che ciò sarebbe lecito al giudice. Il nostro testo dà facoltà che si concedano dilazioni di pagamento, mentre il Tribubunato ciò non voleva; ora ciò che il tribunato volea togliere, era, secondo lo stesso testo della disposizione che censurava, *la facoltà di dividere il pagamento*.

Resta dunque certo che i giudici possono non solo differire, ma anche dividere il pagamento (1).

II. — 694. Più delicata questione proponeva Cambacérès, cioè se il giudice avrà la facoltà ove vi sia una stipulazione contraria.

Gli è vero che Bigot-Preameneu dichiarò di non voler dare alla regola tanta latitudine, come abbiam visto; ma tal questione non fu tocca, non essendosene affatto parlato nel testo, nè essendosi nemmeno annunziata al Corpo legislativo nel discorso del Governo, in cui si ripetè soltanto che « il creditore non può esser costretto a ricevere il suo pagamento in parte, tranne che il giudice mosso da principî di umanità stimi in circostanze non ordinarie doversi accordare discrete dilazioni per il pagamento » (Fenet, XIII, p. 266, 267). Or la legge deve intendersi, non secondo fu preparata dal Consiglio di Stato, ma secondo fu voluta dai legislatori. Dunque non ostante le parole di Bigot, che essendosi taciute avanti il Corpo legislativo sono come non dette, la questione deve risolversi col solo testo, mercè i principî generali e la logica.

Or dacchè l'articolo vuol dire che il giudice può ordinare un pagamento diviso, e che la regola è posta dal testo assolutamente e senza alcuna restrizione per il caso di una stipulazione contraria, bisogna ritenere che l'articolo sia stato votato e debba applicarsi assolutamente.

Oltre a ciò fu detto e ripetuto al Corpo legislativo che la regola era stanziata come *principio d'umanità*, che i giudici dovrebbero applicarla nelle circostanze gravissime, e quando crederebbero fosse un *atto di umanità*; ma da che si vogliono proteggere i malaugurati debitori contro la durezza di alcuni creditori, come si farebbe cessare nei tribunali questo potere, perchè il creditore avrà stipulato di non potere affatto ottenere alcun temperamento anche nelle più gravi circostanze, cioè perchè forse si avrà da fare con un creditore più spietato? Essendo la regola posta come principio di umanità, è una disposizione di ordine pubblico, e quindi le parti non possono derogarvi per convenzione; tanto più che se ciò fosse permesso, non mancherebbe in nissuna delle convenzioni, di guisa che la regola sarebbe annullata. Infine non vi è alcun pericolo, non essendo questa una delle *regole imperative o proibitive* che possono *per la loro stessa fermezza* essere *ora eque*, ed *ora inique* secondo le circostanze, ma una semplice facoltà sottoposta alla coscienza dei magistrati che valuteranno le circostanze di ogni affare. Se la clausola fu stipulata da un leale creditore, perchè avea bisogno di esser pagato nel tempo stabilito, i giudici non accorderanno i termini di pagamento; ma se un tristo usuraio nega dilazioni da cui non potrebbe risentire alcun positivo danno, mentre forse toglierebbero che il debitore andasse in ruina, ciò darebbe a vedere quanto il creditore fosse duro e perciò bisogna che la sua vittima sia protetta dal nostro articolo.

È forza dunque confessare che la nostra regola ha dovuto essere notata dai legislatori, e debba applicarsi in un senso assoluto (2).

III. — 695. Un' altra difficoltà offre il

(1) Rig. di una decisione di Rouen, 20 dicembre 1842 (Dev., 43, 1, 223).

(2) Delvincourt (t. II), Toullier (IV, pag. 371); Carrè e Chauveau (quest. 259); Thomines-Desmazures (I-138); Rodiere (I, p. 369); Colmar, 29 luglio 1850 (Dev., 51, 2, 272.

stro articolo ed è, se esso si applichi ito alle obbligazioni comprovate da un olo esecutivo o da un atto notarile, quan- alle altre. Sembra ben naturale che si ponda di sì, poichè l'articolo non fa al- na distinzione; eppure tutti gli interpreti l Codice civile insegnano del no (1).

Non ostante tali autorità noi riguardia- come poco giuridica non meno che co umana, quella dottrina che per buo- ventura una costante giurisprudenza ha 'ettato.

A fin di sostenere che essendovi un ti- o esecutivo non possano mai accordarsi rmini di pagamento, si dice che i giu- :i possono accordarli nella sentenza di ndanna a pagamento, e che essendo l'atto tarile e quindi per se stesso esecutivo, n fa mestieri di ottenere una sentenza. dapprima, un titolo esecutivo può fare rgere una lite, però è bisogno di una ntenza, come avviene sempre; e poi per- è non potrebbe un infelice debitore rivol- rsi *de plano* al magistrato acciocchè ot- nga il beneficio del nostro articolo? Si voca l'art. 122 (216) Codice di procedu- , il quale dichiara che i giudici accordan- dilazione per lo adempimento delle loro ntenze, dovranno farlo nella sentenza me- sima con cui pronunzieranno sul merito incipale della causa; e si allega per moti- , che siccome la prima sentenza porta la rmola in nome della Sovranità *Comandia-) ed ordiniamo*, ec. si mancherebbe di ri- etto verso la suprema Autorità contraddi- ndo ciò che prima si era ordinato; or lo o notarile, si dice, porta anche la formola *mandiamo ed ordiniamo*. Ma non è que- idea falsa e puerile? Il motivo dell'arti- lo 122 (216) è, che siccome le dilazioni bbono accordarsi per cause gravissime, este cause han dovuto necessariamente sere indicate dal debitore, e riconosciute l giudice innanzi la prima sentenza, per odo che si presume che insignificanti ra- oni abbiano dovuto fare accordare dila- zioni in una sentenza posteriore. Questa idea di un rispetto ridicolo ed anche im- possibile per la formola esecutiva, è mate- rialmente smentito; non vediamo tutti i giorni che un tribunale annulla in appello le sentenze esecutive di altri tribunali, ov- vero in opposizione le sentenze contuma- ciali profferite da lui stesso, e che erano anche rivestite della formula esecutiva? Di più l'art. 2212 (2118) in materia di espro- priazione forzata, permette che i tribunali sospendano i procedimenti ed accordino una dilazione, sebbene in questo caso si tratti *necessariamente* di un titolo esecu- tivo (art. 2213 (2119)).

Si è infine preteso — ma è un errore — che la soppressione fatta nell'articolo sul- le osservazioni del tribunato, faccia esclu- dere il caso di atti esecutivi. Nella que- stione che trattiamo nulla mette nè toglie quella soppressione.

L'articolo del progetto dava facoltà al giudice di accordare la divisione del pa- gamento in due casi: 1° avuto riguardo alla situazione del debitore: 2° essendovi lite sopra una parte del debito (Fenet, p. 25). Ora il Tribunato parlò soltanto dei ti- toli esecutivi per fare che si sopprimesse il secondo caso (dopo avere già chiesto che si sopprimesse il primo per altri mo- tivi indicati nel numero 1). « Quanto alla *seconda frase* del paragrafo, egli diceva, la sezione desidera che sia soppressa per un motivo infinitamente semplice: o il titolo è, o non è esecutivo. Nel primo caso, il giu- dice non può sospenderne la esecuzione; nel secondo, essendo sorta lite, l'esecuzione è di pieno dritto sospesa » (Fenet, p. 158). Così il Tribunato diceva: « Non bisogna fare una disposizione di legge per autorizzare il giudice a sospendere la esecuzione per- chè vi sia lite, avvegnachè se il debito per cui si contende non ha per se un titolo esecutivo, non potrà certamente eseguirsi; se lo ha, i tribunali non possono sospen- derne la esecuzione, perchè il debitore vi

(1) Merlin (*Quest.*, *Esecuz. parata*); Toullier (VI-)); Delvincourt (t. II); Duranton (XII-89); R. de largues (*Rep.*, *Atto autentico*); Dalloz (n. 26); Zachariae (II, p. 368); Favard (alla parola *Senten- za*, sez. 1, § 2, n. 5); Duvergier (*sopra Toullier*).

faccia ostacolo ». Ma dall'avere riconosciuto il Tribunato e poi il Consiglio di Stato, togliendo via questo caso, che un tribunale non potrebbe arrestare lo effetto di un titolo esecutivo, perchè vi sia piato, non si può per alcuna ragione o pretesto inferire che non possa nemmeno ritardare lo adempimento, nel caso ben diverso in cui il debitore non contrastando il debito, dimandi appunto che ne sia ritardata la esecuzione ; caso che *per altri motivi* il Tribunato voleva anche soppresso, e che invece vollesi mantenere dal Consiglio di Stato e dal Corpo legislativo.

Con ragione adunque la giurisprudenza considerando la disposizione generale ed assoluta dell'articolo, e comprendendo che i motivi dell'umanità da cui fu dettata, hanno la medesima forza in tutti i casi , la dichiara applicabile tanto alla convenzione fatta con atto in forma esecutiva, quanto a qualunque altra (1).

696. Del resto, il giudice non ha più facoltà di accordare le dilazioni di grazia, e restano inefficaci quelle già accordate : 1° quando i beni del debitore si vendono a richiesta di altri creditori (Codice procedura art. 124 (218) ; 2° quando il debitore è fallito o decotto *(ibid.)* ; 3° quando è contumace o in carcere *(ibid.)*; 4° quando per suo fatto e senza consenso del creditore ha soppresso o diminuito le garenzie che nel contratto avea dato al creditore (*ibidem* e Codice civile, art. 1188 (1141)), ed altresì per analogia, quando lascia passare senza liberarsi, uno dei termini del pagamento che il giudice aveva prima accordati; 5° infine, quando si tratta di effetti di commercio negoziabili (Codice di commercio (art. 157 e 187 (156 e 187).

1245 (1198). — Il debitore di una cosa certa e determinata vien liberato consegnandola nello stato in cui si trova al tempo della tradizione ; purchè i deterioramenti sopravvenuti non derivino dal suo fatto o da sua colpa, nè dalle persone di cui dee rispondere ; e purchè non fosse in mora prima dei deterioramenti.

697. Il debitore che non è tenuto all'impossibile, e quindi è dispensato dal rilasciare la cosa dovuta , ove siasi interamente distrutta senza colpa nè fatto di lui (art. 1302 (1256)), sarà liberato rilasciando la cosa deteriorata, se essa sia stata in parte distrutta, ossia semplicemente deteriorata. Ma perciò bisogna che il deterioramento non derivi nè per colpa , nè da un semplice fatto del debitore; imperocchè la colpa, come sappiamo, anzichè estinguere la obbligazione, la farebbe nascere contro colui che non ne avea , e il semplice fatto non riprensibile, se non può far nascere un'obbligazione, non potrebbe nemmeno estinguerne una precedente.

Nel nostro articolo pertanto si parla con ragione *del fatto e della colpa*, nè bisogna ripetere ciò che spesso si è detto, che colle due espressioni si voglia indicare una sola idea. Imperciocchè, se un fatto può essere senza colpa, la colpa può essere anche senza fatto, potendosi peccare per semplice omissione , e con la parola generica *di fatto* non si possono comprendere che le colpe per azione.

698. Del resto, se bastava non esservi colpa nè fatto, non era necessario aggiungere il caso della messa in mora. La mora è una colpa: *qui in mora est, culpa non vacat.*—Ma il nostro articolo che espressamente prevedeva il caso della mora avrebbe dovuto aggiungere , come ha fatto l'art. 1392 (1256), che la mora non nuocerebbe al debitore se si provasse che il deterioramento fosse avvenuto, non ostante che al tempo prefisso si fosse fatta

(1) Aix, 17 dic. 1813, Bordeaux, 28 febbr. 1814; Metz. 21 luglio 1821; Pau, 12 luglio 1822; Agen, 6 dic. 1824; Rig., 1 febbr. 1830; Parigi, 23 aprile 1831; Parigi, 2 ott. 1849; Colmar, 29 giugno 1851 (Dev., 31, 2, 162; 49, 2, 327; 51, 2, 272).

consegna: non essendo più una colpa mora che non reca alcun pregiudizio al editore.

Adunque è necessario che gli art. 1245 1302 (1198 e 1256) conseguenze del edesimo principio, si completino l'uno in l'altro, rimettendo nel secondo *il fatto* cui è parola nel primo, e in questo la ea secondaria aggiunta nell'altro rispetto la mora.

Di leggieri si comprende, perchè la regola stabilita nel nostro articolo per il deterioramento della cosa, e riprodotta nell'art. 1302 (1256) per la distruzione, si applichi solo se la cosa sia un corpo certo, un oggetto individualmente determinato: se io vi debbo il *tal cavallo*, e non già semplicemente *un cavallo*, la morte o il deterioramento dell'animale che io aveva nella mia stalla, può mettermi nella *impossibilità* di rilasciare in buono stato l'oggetto a voi dovuto.

1246 (1199). — Se il debito sia di una osa certa e determinata soltanto per la ua specie, il debitore per esser liberato non è tenuto a darla della specie migliore; ma non potrà darla nè pure della peggiore.

699. Essendo l'oggetto dovuto determiato non *in ipso individuo*, ma solo nella ua specie, o se si vuole nel suo genere; d esempio, se vi ho promesso un cavalo, una botte di vino, ecc. non posso eser costretto a rilasciarvi un oggetto della niglior qualità; ma perchè in buona fede lebbono eseguirsi le convenzioni (artico-o 1134 (1088)); non posso nemmeno larvi quello di peggior qualità: dovendo onsegnarvene uno d'una qualità mezzana, ordinaria. La stessa regola fu dettata per o adempimento dei legati (articolo 1022 977)).

Le circostanze del contratto spesso serviranno a determinare, in una specie più impia (che diventa un genere) la sotto specie (o specie propriamante detta), in cui il debitore può fare la scelta. Avendovi comprato *un cavallo* senza altra indicazione, ben si comprenderà, e dalla mia stessa professione, e dal prezzo stabilito, se debba essere un grosso cavallo, atto allo aratro e ai carri, o un cavallo di lusso; ciò determinato, si applicherà la regola del nostro articolo, rilasciando un cavallo di mezzana qualità, nella specie di cavalli che ebbero in mira le parti — Tali regole saranno similmente applicabili se la scelta per convenzione appartenga al creditore. Se io debba procurarvi per quel prezzo un cavallo che sarà di vostra scelta, si conoscerà di quale specie di cavalli intendasi parlare, e dal prezzo stabilito, e da tutte le altre circostanze; conosciuta la specie, voi dovete scegliere un cavallo di buona qualità mezzana.

700. Ma la parte che ha la scelta, non ha il dritto assoluto di prendere quell'oggetto che vorrà, se non quando nella convenzione si determini la specie dell'oggetto. Se, per esempio, mi sono obbligato a rilasciarvi non semplicemente *un cavallo*, ma *uno dei cavalli che sono nella mia stalla*, per questa più stretta determinazione la parte che ha la scelta, può scegliere quel cavallo che vorrà. — Il qual dritto di scelta assoluto esisterebbe sempre, anche quando si dovesse esercitare in tutta una specie, o se si vuole in tutto un genere, se fosse provato dalla convenzione o altrimenti aver così voluto le parti; e la regola che deve darsi una cosa di qualità mezzana, va applicata quando non siasi manifestata una diversa volontà.

5. Dove e a spese di chi debba farsi il pagamento.

1247 (1200). — Il pagamento debbe effettuarsi nel luogo destinato dalla convenzione.

Non essendovi destinazione di luogo, e trattandosi di cosa certa e determinata, il pagamento dee farsi nel luogo ove al tempo

del contratto si trova la cosa che ne forma l'oggetto.

Fuori di questi due casi il pagamento dee farsi nel domicilio del debitore.

701. Riguardo al luogo in cui deve farsi il pagamento, vi hanno tre regole.

1° Dapprima è chiaro doversi fare nel luogo che sia indicato dalla convenzione o espressamente o tacitamente: così incontrando in Torino nelle vacanze un amico che dimora insieme con me a Parigi, e convenendo di cedere a lui il mio cavallo per un tal prezzo posciachè ritorneremo dalle vacanze, il cavallo dovrà essere rilasciato in Parigi e non in Torino, sebbene ciò non sia stato detto.

2° Non essendosi nè espressamente nè tacitamente indicato il luogo, e l' oggetto essendo individualmente determinato, la consegna deve farsi nel luogo ove esso era quando si è formata la convenzione.

3° Non essendo indicato il luogo, e le cose non essendo determinate in *individuo*, il pagamento deve farsi al domicilio del debitore, tranne che non fosse un prezzo di vendita il quale deve essere pagato in contanti al rilascio della cosa venduta, dacchè allora il pagamento del prezzo secondo l' art. 1651 (1497) deve farsi nel medesimo luogo in cui l' oggetto si consegna.

702. Il domicilio del debitore in cui nel terzo caso, deve farsi il pagamento è quello che egli aveva quando facevasi il pagamento, e non l'altro che poteva avere nel punto della convenzione e che avrebbe poi mutato. Duranton (XII, 101) crede che si parli di quest'ultimo, ma ciò sembra a noi essere contrario al testo e allo spirito della legge.

Nel dire il testo che il *pagamento dece farsi al domicilio*, indica certamente il luogo che è domicilio al tempo del pagamento. Se avesse voluto indicar quello del giorno del contratto, avrebbe dovuto necessariamente spiegare, come fece per il secondo caso, che il luogo era *quello in* cui l' oggetto trovavasi al tempo della convenzione, non al tempo del pagamento. —Riguardo allo spirito, basta osservare che tal regola è posta per favoreggiare i debitori e facilitare le liberazioni. Nè ciò può esser dubbio, se ci riportiamo al passo di Pothier da cui fu cavato il nostro articolo, avvegnachè dica Pothier *secondo Dumoulin*, che la cosa dovrà *pagarsi nel luogo* ove deve dimandarsi, *ubi petitur*; ora la domanda deve farsi nel domicilio *presente* del debitore (art. 59 (151) Codice di procedura), non in quello che aveva al tempo della convenzione (Pothier, n. 513).

1248 (1201).—Le spese del pagamento sono a carico del debitore.

703. Gli è naturale che chi è tenuto a pagare, faccia le spese necessarie per il pagamento, le quali non altro sono che i mezzi di effettuarlo o comprovarlo. Spetta al debitore recare la cosa dovuta al luogo ove deve rilasciarsi e pagar le spese della quitanza. Dovendosi dar facoltà di disporre di beni ipotecati, che non è altro se non la quitanza data all' immobile del debito di cui era gravato, le spese necessarie dovrà pagarle l'immobile (cioè il debitore che ne è proprietario) e non già il creditore.

Del resto, il debitore non ad altro è tenuto se non se alle spese del pagamento; e di conseguenza egli pagherà quelle necessarie perchè la cosa fosse a vostra disposizione, e voi pagherete le spese per il trasporto di essa (art. 1608 (1454)).

Secondo il decreto del 1° luglio 1809 nei pagamenti fatti in moneta d'argento di somme da 500 franchi in sù, il debitore è tenuto di dare il sacco e lo spago, ritenendosi o facendosi pagare quindici centesimi per il sacco, il quale deve almeno esser capace di 1,000 franchi, e quindi il debitore non può consegnare o almeno far pagare più sacchi per poco oltre 1,000 franchi, salvo un dippiù per le somme che eccedano i 500 franchi; così un sacco da 500 a 1,000 franchi; due sacchi da 1,500 a 2,000 franchi, ecc.

§ 2.—*Del pagamento con surrogazione.*

704. Sotto l'art. 1236 (1189), numeri I e IV, abbiamo a dilungo spiegato che la surrogazione non può essere, come spesso si dice, il trasporto da un creditore ad un altro del *credito* che appartiene al primo, ma il trasporto dal primo al secondo creditore delle *garenzie* del credito del primo. Senza di che, se la surrogazione fosse il trasporto del credito stesso, siccome ogni pagamento estingue il debito, ne seguirebbe che le parole *pagamento con surrogazione* significassero *soppressione e conservazione*, *trasporto di un credito che si è annullato*, mentre significano semplicemente *estinzione di un credito con trasporto delle sue garenzie sul credito novello che lo sostituisce*.

1249 (1202).—La surrogazione ne' diritti del creditore a favore di un terzo che gli fa il pagamento, è convenzionale, o legale.

705. La surrogazione può venire o da una convenzione, o dalle stesse disposizioni delle leggi. L'art. 1250 (1203) tratterà della surrogazione convenzionale; lo art. 1251 (1204) della legale; l' articolo 1252 (1205) poi detterà alcune regole comuni all'una e all'altra.

1250 (1203).—La surrogazione è convenzionale;

1° quando il creditore, ricevendo il suo pagamento da una terza persona, la surroga ne' suoi diritti, azioni, privilegi o ipoteche contra il debitore: tal surrogazione debbe esser espressa e contemporanea al pagamento;

2° quando il debitore prende a prestito una somma, ad oggetto di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante ne' diritti del creditore. Perchè sia valida tale surrogazione, è d'uopo che la scrittura di prestito, e la quietanza si facciano innanzi notaio; che nella prima si dichiari di essersi tolta a prestanza la somma per fare il pagamento; e che nella quietanza si dichiari di essere stato fatto il pagamento co' danari somministrati a tale effetto dal nuovo creditore. Tal surrogazione si opera senza il concorso della volontà del creditore.*

SOMMARIO

I. La surrogazione convenzionale può essere fatta: 1° dal creditore con queste due condizioni: espressa dichiarazione; concorso della surrogazione e del pagamento.
II. Censura di Toullier; il quale vuole necessarie quattro condizioni.
III. Differenze fra la surrogazione consentita dal creditore, e la cessione.
IV. La surrogazione convenzionale può esser fatta: 2° dal debitore similmente con due condizioni.

* Il danaro somministrato per le spese del matrimonio e di monacazione non costituisce credito privilegiato, che per altro avea bisogno della iscrizione; e mancando la surrogazione convenzionale o legale, non può il mutuante far valere le ragioni delle donzelle monacate. C. S. di Napoli, 18 sett. 1849.

— Nella surrogazione che, ai termini dello articolo 1203, n. 2 leggi civili, avviene fra il debitore ed un terzo che gli dà il danaro a mutuo, a condizione di subentrare ne' diritti del primo creditore, non può costui rifiutare, senza alcuna ragione sufficiente, l'adempimento di questa condizione. C. S. di Napoli, 31 marzo 1853.

— La surrogazione che ha luogo ai termini del 2° comma dell'art. 1203, non può per qualsivoglia motivo essere impedita dal creditore; al quale perciò se si offrono delle fedi di credito, non può legittimamente rifiutarle sotto il pretesto di non voler prestare il suo consenso alla surrogazione. C. S. di Napoli, 10 marzo 1855. Cirillo e Cervo vel Caracciolo, P. M. Petrone.

I.—706. La surrogazione convenzionale può farsi: 1° fra il creditore ed un terzo senza il concorso del debitore, 2° fra il terzo e il debitore senza il concorso del creditore.

1°. La surrogazione può esser fatta dal creditore in vantaggio di colui che lo paga, mercè queste due sole condizioni: che la surrogazione sia espressa; che sia fatta ad un tempo che il pagamento.

Bisogna primieramente essere espressa la surrogazione, ma non debbono usarsi i medesimi termini del nostro articolo. Basta che il creditore dichiari di surrogare la persona che lo paga, non essendo necessario il dire che la surroga *in tutti i suoi diritti, azioni, privilegi*, ecc. La Corte di Riom ha dunque errato gravemente, giudicando il 12 gennaro 1809 non esservi piena ed intera surrogazione nell'atto con cui il creditore avea dichiarato di *surrogare* il Sig. Bonnet *allo effetto di due biglietti* che avea contro il sig. Burret: non vi è quanto agli effetti più specie di surrogazione; la legge non ammette una surrogazione totale ed una parziale, e quando il creditore ha dichiarato di *surrogare*, evvi certamente una surrogazione piena. Nemmeno è necessario che il creditore abbia usato la parola *surrogare*, bastando che avesse spiegato la cosa con dire che egli *surroga la persona in suo luogo e vece per esercitare i suoi dritti*.

In breve, la surrogazione deve esprimersi nell'atto, non importando in quali termini sia. —L'altra condizione che la legge vuole, è che la convenzione di surrogazione per colui che paga si faccia ad un tempo che il pagamento; non potrebbe farsi dopo, dacchè il pagamento fatto senza surrogazione avrebbe estinto non solo il credito, ma i suoi accessori, i quali estinti non si potrebbero più trasportare. Ma noi opiniamo con Dalloz (alla parola *Obbligazione*, pag. 561, n. 3) che la convenzione di surrogare possa farsi prima del pagamento, dappoichè allora, benchè stabilita prima, recasi sempre in atto nel punto stesso del pagamento; ed esistono ambe le condizioni richieste (1° che la surrogazione sia compita quando si fa il pagamento; 2° che sia espressa nella convenzione).

II.—707. Del resto richiedendosi dalla legge queste due condizioni, è di arbitrio il pretendere, come vuole Toullier (VII, 127) e il suo continuatore, Duvergier (*Vendita* II, 237), che s'intimi al debitore giusta l'articolo 1290 (1244) l'atto di surrogazione, o l'accettazione della surrogazione fatta dal debitore in un atto autentico. L'art. 1690 (1536) non parla affatto della surrogazione, ma solo della vendita o cessione dei crediti. Senza dubbio, il surrogato deve mettersi al coverto della mala fede del creditore surrogante, il quale potrebbe farsi pagare dal debitore ignaro della surrogazione; ma non dee farlo di forza coi mezzi indicati dall'art. 1690 (1536). Una carta privata con cui il debitore riconosce di aver avuto la notizia, o anche la semplice confessione di lui che gli si fosse fatto conoscere il pagamento con surrogazione, sarebbe bastevole a far dichiarar nullo il pagamento fatto al primo creditore, non ostante la notizia da lui ricevuta. Come del pari, perchè il surrogato fosse al coverto *rispetto* ai terzi, ed impedisse o un sequestro presso il creditore surrogato, ovvero una cessione, o una seconda surrogazione che il creditore consentirebbe di mala fede, basterebbe che l'atto di pagamento con surrogazione avesse data certa; e Toullier è parimente in errore, quando vuole che il creditore consegni i titoli, acciocchè il surrogato acquisti i dritti di colui che lo surroga; onde quattro condizioni sarebbero necessarie per la validità, mentre la legge ne vuole due.

Indarno allega qui Toullier l'art. 1141 (1095), secondo il quale se la cosa che taluno si è obbligato di dare o di consegnare successivamente a due persone è puramente mobile, quella fra esse cui ne fu dato il possesso reale, ne resterà proprietaria; avvegnachè cotesto articolo non possa applicarsi al caso nostro.—Esso infatti, come noi vedemmo, applica ad un caso speciale il principio generale dell'articolo 2279 (2185), cioè che il possesso di buona fede, quanto ai mobili, rende

nediatamente proprietario mercè la pre-
izione. Vedremo (ed è un punto fermo)
; l' art. 2279 (2185) non parla affatto
crediti, ma dei soli mobili propriamente
.ti, dei mobili corporali; quindi non può
i entrare l'art. 1141 (1095).—Questo
ro errore non ci sorprende in Toullier,
quale non ha compreso nè l'art. 1141
)95) come abbiamo visto, e nemmanco lo
.. 2279 (2185), poichè fa una lunga di-
uisizione (XIV, 105, e seg.) onde so-
›nere contro la evidenza, che i mobili
tto l'impero del Codice si prescrivano col
ssesso di *tre anni!*

III.—708. Non essendo la surrogazione
ıa compra del credito, poichè suppone al
ntrario che il credito sia pagato e quindi
tinto, ne segue che se la surrogazione si
sse fatta per una somma minore dell'am-
ontare del credito, il surrogato non po-
ebbe altro domandare dal debitore che la
›mma da lui pagata, e non già lo intero
'edito come farebbe un cessionario.

Infatti il credito che io compro è mio,
ıalunque ne sia il prezzo, ed il debito-
: è tenuto pagarmelo. Sarebbe anche
medesimo se il credito mi sia stato ce-
ıto a titolo gratuito, dacchè allora ho il
'edito del precedente creditore. Ma non
più mio il credito quando ho fatto un
agamento con surrogazione mercè il quale
precedente credito si è estinto; non al-
o mi appartiene che un credito novello
ıe deriva dal pagamento fatto in vantag-
io del debitore. Posso adunque ripetere
iò che ho pagato, e non già un credito
ntico che più non esiste.

Se si fosse pagato meno dell'ammontare
el credito, e risultasse chiaramente dai ter-
ıini dell'atto, o dalle circostanze, che il
reditore ed il terzo abbian realmente vo-
uto che questo ultimo avesse lo intero
redito, bisognerebbe osservare la volontà
elle parti; ma ciò potrebbe farsi ricono-
cendo che le parti, non ostante i termini
nesatti che si sieno adoperati, abbiano
fatto una vera cessione e non un paga-
mento con surrogazione.

Se fatto un pagamento con surrogazio-
ne, si venisse in chiaro che il credito pa-
gato più non esistesse, l' azione del
surrogato contro il creditore pagato non
sarebbe, come nel caso della vendita, la
azione di garenzia accordata dallo articolo
1693 (1539), ma sì bene un'azione di re-
stituzione dello indebito, che deriva dal-
l'art. 1376 (1330). Più innanzi si compren-
derà che queste due azioni presentano gravi
differenze.

Altra differenza noi scorgeremo nell'ar-
ticolo 1252 (1205) fra la cessione, e il pa-
gamento con surrogazione.

IV.—709. 2° La surrogazione conven-
zionale può esser fatta in secondo luogo,
senza il concorso del creditore, dal debi-
tore che toglie ad imprestito una somma
per liberarsi. Per ciò son pure necessarie
due condizioni: 1° che sieno notarili l'atto
di prestito e la quitanza del creditore;
2° che sia manifestato nell'atto di mutuo,
che i danari son tolti in prestito per il pa-
gamento da fare, e nella quitanza, che il
pagamento è stato realmente fatto con quei
danari. Non vuolsi altra condizione; e non
è pur necessario il dire che le parti ab-
bian voluto che il mutuante sia surrogato
nei dritti del creditore; risultando ciò ab-
bastanza chiaro da ciò che si è manife-
stato tanto nell'atto di mutuo, che nella
quietanza.

Per la seconda specie di surrogazioni
convenzionali, la legge vuole queste con-
dizioni che erano anche richieste dall'or-
dinanza di Errico IV, quando la prima volta
fu permessa tal surrogazione (acciocchè si
rendessero facili i pagamenti delle ren-
dite, che sotto Carlo IX, giunsero allo in-
teresse del 12, ossia più dell' 8 per %)
nel fine di prevenire le frodi onde un de-
bitore potrebbe a danno dei suoi creditori
far rivivere immediatamente cause di pre-
ferenza già estinte.

1251 (1204).—La surrogazione ha luo-
go *ipso jure*:

1° a beneficio di colui che, essendo egli
stesso creditore, paghi ad un altro credi-
tore che abbia diritto di essergli preferito
per cagion di privilegi o ipoteche;

2° a beneficio di colui che avendo acquistato un immobile, ne abbia impiegato il prezzo in soddisfazione de' creditori a favore de' quali il fondo era ipotecato;

3° a beneficio di colui che, essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, abbia interesse di soddisfarlo;

4° a beneficio dell'erede beneficiato che ha pagato di suo danaro i debitori ereditari.*

SOMMARIO

I, Vi sono quattro casi di surrogazione legale. II. Sviluppamento intorno a ciascuno di essi.

I.—710. La surrogazione si effettua di pieno dritto e per la sola forza delle disposizioni della legge, nei quattro casi indicati dall'articolo, nei quali chi ha pagato il creditore aveva interesse di farlo, e di essere sostituito al creditore.

Del resto, sebbene la surrogazione legale si fondi nell' interesse di colui che fa il pagamento, non bisognerebbe da ciò inferire che debba aver luogo in vantaggio di qualunque persona interessata al pagamento che ha fatto. La surrogazione è di stretto dritto, una eccezione, e non può quindi aver luogo oltre i casi preveduti dalla legge.

II.—711. La surrogazione legale è ammessa:

1°. In vantaggio del creditore che paga un altro creditore che abbia sopra di lui una ragione di preferenza. Così il creditore chirografario che paga il creditore ipotecario del suo debitore, è di pieno dritto surrogato nella ipoteca. Si comprende in fatti, che il primo creditore poteva avere grande interesse ad essere sostituito all'altro, affinchè costui non facesse vendere in tempo inopportuno e con molto dispendio l'immobile ipotecato, dal ritratto della cui vendita sarebbesi forse pagato il debito ipotecario, mentre colla vendita in tempo e modo convenienti, si sarebbero forse potuti soddisfare i due debiti.

Così parimente un creditore ipotecario che paga un altro creditore ipotecario di un rango precedente, ovvero un creditore privilegiato.—E sebbene la legge parli solo di privilegi e di ipoteche che sono le cause più ordinarie di preferenza, la regola è per tutti i casi in cui il creditore pagato abbia sopra l' altro una qualunque causa legale di preferenza: così, quando di due creditori l'uno ha ricevuto in anticresi l'immobile del debitore, ovvero in pegno le sue mercanzie (vedi art. 2071, 2072 (1941 1942)) e se non è pagato ha il dritto di far vendere i beni di cui ha il possesso (art. 2073, 2078 (1943, 1959)), l'altro creditore pagando il primo sarà surrogato nei suoi dritti, come se *pagasse un creditore ipotecario*, non *essendo diversa la* condizione.

2°. In vantaggio dell'acquirente d'un immobile ipotecato che paga uno o più creditori ipotecari. — Questi è interessato a fare il pagamento ed essere sostituito ai creditori da lui pagati, trovando in *tal sostituzione* un mezzo onde conservare l'immobile acquistato. Pagando i primi creditori ipotecari fino alla concorrenza di una somma eguale al valore del *fondo*, non potrà più essere molestato nè dai creditori pagati (i quali non hanno più dritto) nè dai creditori posteriori, ai quali non importerebbe di continuare una spropriazione con la quale alla fine potranno essere pagate le ipoteche anteriori che oggi ap-

* Anche dopo l'aggiudicazione e sino alla chiusura della nota può un creditore posteriore pagare l'anteriore, e subentrare nel grado di esso. Corte suprema di Napoli, 4 apr. 1840.

— Un creditore graduato per una somma, se acconsente che sia pagata ad un altro creditore, non si dà luogo alla surrogazione legale. Corte suprema di Napoli, 11 febbr. 1851.

— Il terzo possessore non subentra per legge ne' diritti dei creditori che rimangono soddisfatti col prezzo di aggiudicazione, o con l'attribuzione del fondo sproprialo in danno di lui. Corte Suprema di Napoli, 30 aprile 1853.

partengono agli acquirenti. — Questo secondo caso previsto dal nostro articolo, rientra certamente nel terzo, il quale di certo si applica a tutti quelli che essendo tenuti con altri e per altri al pagamento di un debito, avevano interesse di soddisfarlo; e il vostro acquirente interessato al pagamento dei creditori ipotecari, è pure tenuto al pagamento, non come obbligato personale, ma come possessore del fondo ipotecato. Ciò prova che non dobbiamo rigorosamente attenerci alla parola del nostro paragrafo, e dà la spiegazione del perchè non abbiam tenuto ragione delle parole « *che impiega il prezzo del suo acquisto* ». Infatti, l'acquirente se oltre il prezzo dello acquisto abbia impiegato al pagamento una somma, e quand'anche avesse prima pagato il prezzo al venditore, e con altri denari i creditori ipotecari, sarebbe sempre surrogato; e se tal dritto gli si volesse a torto negare per le parole del nostro paragrafo, egli l'avrebbe sempre giusta il seguente paragrafo.

Dunque la legge ha qui parlato del prezzo di acquisto, *de eo quod plerumque fit*, e perchè per l'ordinario l'acquirente impiegherà il prezzo dello acquisto al pagamento dei crediti ipotecari.

Se l'ipoteca de' creditori pagati dall'acquirente si estendesse sopra altri immobili diversi dallo acquistato, questi sarebbero pure ipotecati allo acquirente per effetto della sua surrogazione che dal Codice non fu ristretta all' immobile acquistato, come per l'antica giurisprudenza.

3°. In vantaggio di qualunque che abbia interesse a pagare il debito, essendovi tenuto con altri o per altri.

Così uno dei debitori in solido che paga per intero il debito, è surrogato in tutti i dritti del creditore contro i suoi condebitori *coi quali* era tenuto al pagamento; e se chi paga è un fideiussore, egli è surrogato nel dritto del creditore contro il debitore principale *per cui* era tenuto. E parimente come tenuto per altri bisogna riguardare il possessore dell' immobile ipotecato; non come tenuto col debitore, ma soltanto per il debitore, perchè costui solo è obbligato personalmente, e il possessore rispetto a lui è un fideiussore. La qual distinzione è molto importante come vedremo nel n. III del seguente articolo.

4°. Da ultimo, in vantaggio dell' erede beneficiato che paga del suo i debiti creditari. — Egli quando non vi ha contanti ereditari con cui si possano soddisfare i debiti ereditari, ha grande interesse per soddisfarli del suo, acciocchè i creditori non facciano vendere inopportunamente forse, e non al giusto loro prezzo, i beni di cui tutto ciò che eccede il passivo della eredità deve a lui appartenere.

1252 (1205). — La surrogazione stabilita negli articoli precedenti ha luogo tanto contro i fideiussori, quanto contro i debitori: essa non può nuocere al creditore, allorchè non è stato pagato se non in parte. In tal caso egli può far valere le sue ragioni pel restante che gli è dovuto, in preferenza di colui dal quale ha ricevuto il pagamento parziale.*

* Massime della C. S. di Napoli.

— Nel caso di subingresso di più persone allo stesso creditore, sono tutte considerate in egual grado, nè si ha riguardo al tempo del subingresso. 12 febbraro 1822.

— La surrogazione legale si opera quando il credito del primo creditore si estingue col danaro del secondo creditore. 7 sett. 1850.

— La questione se la surrogazione ne' diritti di altri creditori, accordata con un giudicato, sia assoluta, ovvero limitata al prezzo di un designato cespite, consistendo tutta nella interpetrazione dello stesso giudicato dal quale il subingresso procede, è questione di fatto non soggetta a censura. 11 febbraro 1851.

— Il principio che la surrogazione non può nuocere al creditore quando è stato pagato di una parte, non è applicabile al caso in cui quello che invoca un tal principio non è il creditore nelle cui ragioni il subingresso ha avuto luogo, ma un creditore del surrogatario. Nè costui può dire che, essendo creditore del surrogatario, ciò che al medesimo veniva per virtù della surrogazione, ricadeva sempre sotto l'afficienza della sua ragione creditaria; potendo egli sperimentarla in linea di sott' ordine o di opposizione al rilascio del man-

SOMMARIO

I. La surrogazione trasferisce al surrogato, nei limiti del suo credito, tutte le garenzie che appartenevano al primo creditore.
II. Iniqua eccezione a questo principio per il pagamento parziale. — Il dritto di preferenza esclusiva così riserbato al creditore passerebbe nel suo cessionario, ma non nel secondo surrogato. — Osservazioni.
III. Le garenzie del creditore passano al surrogato per quanto riguarda il credito di costui. — In che modo può agire il surrogato quando parecchi sono obbligati al debito.

I. — 712. La surrogazione, o legale o convenzionale, pone sempre il surrogato nel luogo del creditore, non già quanto allo stesso credito, ma quanto alle garenzie di esso che passano tutte sul credito del surrogato. Così colui che ha pagato un credito privilegiato o ipotecario, sarà garentito dal medesimo privilegio, o dalla medesima ipoteca: se il credito pagato con surrogazione avesse la garenzia di uno o più fideiussori, il surrogato potrà ottenere il suo credito contro gli stessi fideiussori. In breve, tutte le garenzie che proteggevano il credito estinto, proteggeranno similmente il credito del surrogato. Il nostro articolo parla specialmente dei fideiussori, non per escludere le altre specie di garenzia, ma per istabilire invece l'effetto assoluto della surrogazione, e prevenire i dubbi che avrebbero potuto sorgere quanto al trasporto della fideiussione. Infatti, nel progetto non esisteva la prima frase del nostro articolo, e vi fu aggiunta a richiesta del Tribunato, « per far cessare quello ondeggiamento di giurisprudenza che esisteva un tempo fra alcuni tribunali superiori, ad esempio, fra il parlamento di Parigi e quello di Rouen, il quale decideva che con la surrogazione si estingueva l'obbligo dei fideiussori » (Fenèt, t. XIII, p. 159).

Ma le garenzie si trasportano sul credito del surrogato entro i limiti nei quali il credito esiste. Non v'è accessorio senza principale; quindi se il surrogato ha un credito minore di quello del primitivo creditore, ovvero se lo ha contro meno persone, le garenzie accessorie del credito non si estenderanno oltre lo stesso credito. Torneremo al n. III su tale idea; ma qui è necessario stabilire che il credito del surrogato nei limiti di cui è capace, riceve le garenzie del creditore primitivo; in ciò appunto consiste la surrogazione.

II. — 713. Nella seconda parte del nostro articolo evvi per il pagamento parziale un'eccezione al principio sopra riferito, che fu ammessa senza dubbio per disaccortezza, e che non può farsi a meno di dire che sia iniqua. La surrogazione, dice la legge, quando il pagamento è parziale, *non può nuocere al creditore*. Gli è troppo giusto, e se il nostro articolo si fermasse lì, non andrebbe soggetto a censura. Ma disgraziatamente va oltre, e sotto il pretesto di non nuocere al creditore, accorda a costui in tal caso un mostruoso vantaggio a danno del surrogato; aggiungendo che il creditore per la parte non pagata, potrà esercitare i suoi *dritti in preferenza del surrogato*.

Pietro ha contro Paolo un credito ipotecario di 12,000 franchi; gliene pago una metà, facendomi surrogare per la parte pagata. Si vende la cosa ipotecata, e per cattive circostanze se ne cavano, fatte tutte le spese, 6,000 fr. Pietro a cui se ne debbono 6,000 eserciterà per essi il suo dritto *in preferenza di me*, cioè prenderà i 6,000 fr. che provengono dalla espropriazione, ed io non avrò nulla. Così Pietro, non ostante che il suo debitore sia insolvente, e non gli possa pagare più di 6,000 fr. avrà per intero i suoi 12,000

dato, quando in fatto si ha che non ha sperimentato questo diritto, e che le ragioni nascenti dalla surrogazione erano già state cedute ad un terzo. 12 agosto 1852.

r il pagamento dei miei 6,000 fr. Così legge intende ordinare gli effetti della rrogazione parziale, per modo che non *ccia* al creditore.

Questo caso bisognava lasciarlo sotto il itto comune, dicendo che il surrogato sto nel luogo del creditore, avrebbe per parte nella quale è surrogato *i medeni dritti* che il creditore conserva pel nanente.—In questa maniera il creditoe il surrogato, a ciascuno dei quali in dovuti 6.000 fr. sarebbero venuti in ncorso sul ritratto della vendita: ciascuavrebbe avuto 3,000 franchi, cotalchè creditore, anzichè perdere alcuna cosa lla surrogazione consentita in parte, aebbe guadagnato i 3,000 fr. che perrebbe il surrogato, e che senza la surgazione egli non avrebbe mai avuto.

Tale eccezione del nostro articolo è lto più inesplicabile, in quanto che al stutto fra il creditore surrogante, e surrogato si riesce a negare qualune surrogazione nel caso che trattiamo. fatti dire che il creditore, per ciò che cora gli si deve, sarà anteposto a coche gli paga una parte, importa che esti non è posto per tal parte nel luo- del creditore; or se gli è così, non quindi surrogato, essendo la surrogaone il sostituire chi paga nel luogo e vece del pagato. Pertanto il nostro arolo significa che il pagamento, anche malmente dichiarato fatto con surrogaone, non importa mai surrogazione rietto al creditore, quando è parziale, e n estingue tutto il debito. Regola tanto ana quanto ingiusta, ma è formale: *tuit lex*. La surrogazione, cioè il dito che ha colui il quale ha pagato, di pretenre per la sua porzione le garenzie che partenevano al creditore, esisterà in que- caso per tutti gli altri, tranne che pel editore.

714. E siccome secondo tal bizzarra rela la frazione del credito, o il credito nore rimasto al creditore in parte pato, gode, escluso quello che ha pagato, lle garenzie che proteggevano primamente ntero credito, così se il credito più piccolo favorito oltremodo, e non sappiam perchè, passa ad altri in forza di vendita, permuta, donazione, legato, o altramenti, e in modo che sia lo stesso credito, il nuovo acquirente, rispetto a chi è imperfettamente surrogato, avrà i medesimi dritti dello stesso creditore: avvegnachè lo acquirente novello possieda *lo stesso credito*. Ma se il creditore, anzichè trasmettere quella frazione di credito, ne ricevesse il pagamento con surrogazione alla seconda parte del credito, allora, siccome il secondo surrogato non potrebbe dire di avere il medesimo credito (dacchè il credito sarebbe estinto), le cose rientrebbero nel dritto comune, i due surrogati avrebbero identici dritti, e verrebbero in concorso.

715. Ben si comprende, che la regola del nostro articolo, essendo un'eccezione stranamente rigorosa, non potrebbe essere applicata dalla surrogazione alla cessione. Se dunque il creditore invece di ricevere *il pagamento*, e di estinguere così una parte del suo credito, vendesse, permutasse, o altrimenti cedesse questa parte di credito; in tal caso, siccome l'acquirente ottiene non più soltanto le *garenzie* del credito primitivo, destinate a proteggere un novello credito che sorge in suo vantaggio (garenzie snaturate dalla regola del nostro articolo), ma *il credito* stesso primitivo per una parte, l'acquirente riceverà questa parte di credito con l'indole che ha, con quella che conserva l'altra parte rimasta presso il creditore, e quindi il creditore primitivo, e il surrogato avrebbero identità di dritti.

716. Facciamo un' ultima osservazione sul modo troppo largo con cui fu dettata la disposizione di cui qui trattiamo. Il nostro articolo dice che « nel caso di pagamento in parte, il creditore può far valere le sue ragioni pel restante che gli è dovuto, in preferenza di colui dal quale ha ricevuto il pagamento parziale ». Presa alla lettera tal disposizione, potrebbe dare a credere che il creditore, a cui si è pagata una parte del suo credito, debba essere preferito pel restante che gli è dovuto,

quale che sia il suo credito, e quand'anche non avesse alcuna speciale garenzia. Sarebbe un errore, e la preferenza non è, nè può essere accordata che per lo esercizio delle garenzie. Così il creditore sarà anteposto al surrogato per profittare d'un privilegio, d'un' ipoteca, d'una fideiussione, ec.; ma il pagamento si farebbe tra loro a contributo, se fosse un credito ordinario che non avesse alcuna speciale garenzia.

Infatti il nostro articolo non ha fatto se non se creare una causa di preferenza fra i vari creditori dello stesso debitore; restringendosi a permettere che il creditore pagato in parte, conservi e faccia valere, prima di colui che lo ha pagato, i mezzi di preferenza *che a lui già appartenevano*.

Se dunque non vi ha alcun mezzo di preferenza, l'articolo non può più applicarsi, e i due creditori che hanno allora un credito ordinario, vengono necessariamente in concorso. In altri termini, il nostro articolo è fatto per la surrogazione, che è il trasporto fatto ad un novello creditore delle garenzie del primo. Ma quando il primo non ne aveva alcuna, non vi può essere surrogazione, nè può applicarsi il nostro articolo.

È ciò così vero, che se stando più alle parole che alle cose, si voleva pretendere esservi similmente surrogazione, sebbene a nulla giovasse; colui che ha fatto il pagamento in parte sarebbe sempre libero di rinunziare alla surrogazione, e venire come creditore non surrogato, e senza invocare per nulla i dritti del creditore primo, e pretendere semplicemente il credito che è nato per lui dalla gestione di negozio; e siccome egli si trova di faccia ad un altro creditore che non ha al pari di lui alcuna causa di preferenza, si dovranno ammettere tutti e due a concorrere.—Giova ripeterlo, l'articolo è fatto per il caso in cui il creditore in parte pagato abbia qualche speciale garenzia, nella quale è stato surrogato quegli che paga, garenzia di cui lo esclusivo beneficio egli conserva di faccia a quest'ultimo.

III.—717. Abbiamo già fatto osservare che le garenzie le quali per effetto della surrogazione son trasferite sul novello credito, non possono, come è di ragione estendersi oltre il credito stesso. Quando il creditore ha voluto tenersi come pagato, e consentire la surrogazione, mercè una somma minore dell'ammontare del credito, cotalchè il surrogato è creditore di questa sola somma, per questa soltanto egli avrà l'ipoteca o altra garenzia, che la surrogazione gli ha trasmesso. Così pure, essendovi parecchi debitori in solido, per esempio tre; se uno dei tre debitori è surrogato al creditore, potrà aver solo azione contro i due, sebbene il creditore l'avesse contro tre. Pertanto non può prendersi alla lettera la disposizione, che la surrogazione trasporta al surrogato tutte le garenzie del creditore primitivo, quali per costui esistevano: il surrogato riceve le garenzie del creditore, ma in quanto il suo credito ne è capace, e l'*azione di lui* non avrà sempre la medesima latitudine, nè sempre si eserciterà *contro quelle* persone, contro cui poteva *agire il creditore*.—Rassegniamo i *diversi casi*.

718. Se al debito eran tenute più persone, e il pagamento di esso con surrogazione si è fatto appunto da una di esse, gli è necessario, affinchè si determini il dritto di azione del surrogato, che si distingua, se egli fosse soltanto *tenuto per altri*, non essendolo personalmente, ovvero se lo fosse *con altri*, essendo egli stesso debitore per la sua parte.

Essendo il surrogato personalmente debitore, non ha azione per quella parte che dovea rimanere a suo carico, e per il restante non può agire contro i suoi coobbligati che per la parte di ciascuno, il che vien formalmente dichiarato dagli articoli 875 e 1214 (795 e 1167) che positivamente smentiscono la contraria dottrina di Toullier (VII-163). Il debitore surrogato non ha alcuna azione contro coloro che eran tenuti al pagamento per lui e pei suoi condebitori, non essendo essi medesimi debitori.

Quando al contrario colui che non era

rsonalmente debitore, è tenuto solo per tri ha fatto il pagamento; egli può agi- per lo intero contro ciascuno dei de- tori, e per la parte di ciascuno contro ielli che erano tenuti al pari di lui pei bitori.

Non bisogna parlare del caso in cui quegli ie è stato surrogato era del tutto estra- eo al debito, nè tenuto con altri nè per tri ; il surrogato potrà certamente agire ontro tutti quelli contro cui lo poteva il editore e colla stessa latitudine—Ci oc- ipiamo solo del caso in cui un surrogato a egli medesimo tenuto, o con gli altri ssendo egli stesso uno dei debitori) o olo per altri (come un fideiussore, un ter-) possessore di beni ipotecati, ecc.). Al- ra si applicheranno le regole da noi in- icate.

Supponiamo un'obbligazione di 9,000 fr. ontratta in solido da tre debitori, e ga- entita in solido da tre fideiussori: se uno ei tre debitori paga per intero il debito, otrà agire per 3,000 franchi contro iascuno dei due condebitori, e non già ontro i fideiussori; se invece uno di que- i ultimi paga il debito, potrà agire per intero contro ciascuno dei debitori, e per 00 contro ciascuno degli altri due fide- issori (art. 1214, e 2033 (1167 e 1905)). —Compreso questo esempio, fa d'uopo ge- eralizzarlo pareggiando ai condebitori in olido tutti quelli che son tenuti personal- mente al debito, e ai semplici fideiussori quelli che son tenuti per altri. Quando per un debito sono ipotecati parecchi immobili posseduti da varie persone, se uno dei debitori ha pagato il debito, potrà agi- re contro i suoi condebitori per la parte di ciascheduno (art. 875 (795)), e non già contro i semplici terzi possessori di beni ipotecati al debito; se invece uno dei terzi possessori ha soddisfatto il debito, agirà per l'intero contro qualunque debitore che possieda un immobile ipotecato; ma contro gli altri terzi possessori, non potrebbe agire che per la porzione di ognuno (che sareb- be calcolata in questo caso, secondo il va- lore relativo degl'immobili da essi posse- duti).

719. Diremo in breve, comprendendo col nome generico di fideiussori tutti quelli che son tenuti al debito per altri, non es- sendo personalmente debitori; 1° per un estraneo, o contro i debitori, o contro i fideiussori, ed altresì per i fideiussori con- tro un debitore, la surrogazione produrrà il suo pieno effetto, e il surrogato potrà agire per l'intero siccome il creditore; 2° dai debitori contro gli altri debitori, e da un fideiussore contro gli altri fideiussori, non si potrà agire che per una porzione, sebbene il creditore avesse potuto agire per lo intero; 3° per un debitore contro i fi- deiussori la surrogazione è inefficace, e non si può affatto agire.

§ 3. — *Della imputazione dei pagamenti.*

1253 (1206).—Il debitore che ha più ebiti, ha dritto di dichiarare, quando pa- ga, qual debito intenda di soddisfare.

720. Quest' articolo, sebbene sembra omprendere tutti i casi in cui un debi- ore sia tenuto a più obbligazioni rispetto un solo creditore, parla solo di colui he ha diversi debiti con lo stesso oggetto, appoichè, se ogni debito ne avesse uno liverso, il fatto stesso dimostrerebbe quale lei due s'intenda pagare.

Del resto, il debitore di più obbligazio- ii che abbiano oggetti della stessa specie, ion può soddisfare quella che vuole in pregiudizio dei dritti del creditore. Per grazia di esempio, se non fosse corso ancora il debito che egli vuole soddisfare, il creditore nell'interesse di cui fu stipu- lato il termine, non potrebbe costringersi a ricevere il pagamento. Similmente, se un debitore il quale deve ad un tempo un capitale ed interessi, o frutti corsi del capi- tale, e non fa un pagamento con cui si posso- no estinguere gl'interessi e il capitale, non potrà imputare sul capitale di preferenza agli

interessi o ai frutti. Ciò vien dichiarato dal seguente articolo, spiegando il quale vedremo (n. III) che quest' ultimo caso non è nemmeno un' eccezione alla regola, la quale è fatta per il caso in cui vi siano *più debiti*, e allora vi è un sol debito che comprende gli interessi e il capitale.

1254 (1207).—Il debitore di un debito che produce frutti o interessi, non può senza il consenso del creditore imputare nel capitale, in preferenza dei frutti e degli interessi, ciò che egli paga. Il pagamento fatto in conto del capitale e degli interessi, se non è integrale, s'imputa prima negl'interessi.*

SOMMARIO

I. Il pagamento che la quietanza dichiara fatto per capitale ed interessi o frutti, *si imputa sui frutti ed interessi. Se nulla si dice nella quietanza, è una questione di fatto tanto per una rendita, che per un capitale esigibile, se ciò che eccede quel che è dovuto per interessi, debba imputarsi per capitale, ovvero se debba ripetersi come indebitamente pagato.*

II. Confutazione della contraria dottrina di Pothier e di Duranton.

III. L'articolo si applica soltanto agli interessi compensatori. Censura di Delvincourt e di Zachariae.

I.—**121.** Se nella quietanza il debitore ha dichiarato di fare il suo pagamento ***per il capitale e gli interessi***, ovvero (se si tratta di una rendita) ***per il capitale e pei frutti***, non basta che la parola ***capitale*** sia scritta pria delle parole ***interessi*** o ***frutti***, perchè più non si applichi la regola naturale che il pagamento debba prima imputarsi sui frutti od interessi, e poi sul capitale quel che sopravvanza.

Ma se, tuttochè siesi pagata e ricevuta una somma maggiore dello ammontare degl' interessi o dei frutti, ma non bastevole a soddisfare anche tutto il capitale, nulla si fosse detto nella quietanza, bisognerebbe pur dire che ciò che sopravvanza si è imputato sopra una parte del capitale, ovvero che sia una somma indebitamente pagata, e che può ben ripetersi dal debitore? È questa una questione di fatto e di intenzione, che, valutate le circostanze, sarà decisa dai giudici. Una porzione del capitale sarà estinta e non si sarà pagato lo indebito, se in fatto si riconosce che le parti abbiano ciò voluto fare; se al contrario il debitore senza disegno, per errore, e credendo pagar solo gl'interessi, abbia dato una somma maggiore, si sarà pagato un indebito, dacchè il debitore, facendo un calcolo inesatto degl'interessi, ha creduto, e inteso pagare interessi non dovuti.

II.—**122.** È dunque una questione di intenzione, un punto di fatto; ed è a maravigliarci della soluzione data qui da Pothier, e ripetuta alla lettera da Duranton (Pothier, n. 533, § 3 e 4. Duranton n. 192, § 5 e 6).

Pothier dice, che trattandosi non d'una rendita, ma di un capitale ordinario, quando pure la imputazione fosse stata fatta espressamente ***sugl' interessi*** soltanto, e senza ***parlare del capitale***, ciò che sopravvanzerebbe gl' interessi, s'imputerebbe ugualmente sul capitale; ma al contrario, trattandosi di una rendita, il debitore, che avesse PER ERRORE pagato per interessi più che non dovea, potrebbe ripetere il dippiù pagato. Or qual cosa più strana?

* Quando gl'interessi son dovuti *jure actionis*, come con l'azione *ex judicato*, qualunque pagamento s'imputa prima agl'interessi e poi alla sorta. C. S. di Napoli, 7 nov. 1826.

— La questione, se l'imputazione siasi fatta sul capitale o sugl'interessi, è di fatto, e perciò la decisione va esente da censura. C. S. di Napoli, 30 aprile 1839.

— È viziosa la imputazione disposta dal magistrato sulla somma complessiva di sorte ed interessi. C. S. di Napoli, 3 dicembre 1850.

E primieramente, se si trattasse di rendita, gli è vero che potrà ripetersi quella ımma eccedente gl' interessi pagata per rore; ma la questione sarà appunto se pagamento di una somma che ecceda ammontare degl'interessi, siesi fatto per ·rore, ovvero con intendimento di estinıere una parte del capitale della rendiı. E se, quantunque nella quietanza nulla esi detto, si provi dalle circostanze, che i è voluto estinguere una parte del caitale; per mo' di esempio, se per una endita di un capitale di 30,000 fr., in na prima quietanza del 1840 si dice diesamente avere il creditore ricevuto 11 ila e 500 fr. cioè, 1,500, per gli inteessi di un anno, e 10,000 sul capitale, l'anno appresso si fa una seconda quienza senza nulla spiegare, per il pagaıento di altri 11,000 franchi, non sarebe chiaro che col nuovo pagamento siesi oluto soddisfare i 1,000 fr. d' interessi ovuti per un anno, e poi un secondo ter) del capitale della rendita?

Ed ora non è assolutamente lo stesso ı dritto, sia che si tratti di una rendita di un capitale ordinario esigibile? Se inro si può credere che il sopravvanzo di ò che è dovuto per gl' interessi, sia ıato dato per una parte del capitale, quea parte sarà estinta; ma se per questo ıso si suppone, come per l' altro della endita fanno Pothier e Duranton, che il ppiù siesi pagato per errore, certamente potrà ripetere. Se debbo a Pietro 4, ila fr. e a Paolo 20,000 da pagarli in ù anni, pagando per avventura a Pietro ›n i 200 fr. che gli doveva per interessi un anno, ma i 1,000, franchi che nello esso giorno doveva dare a Paolo, e Pieo me ne ha fatto quietanza, si proverà di legieri il mio errore, e quindi non potrò sser costretto a lasciare a Pietro gli 800, . datigli di più, e che gli devo in tre o ıattro anni.

723. È pertanto inesatta la soluzione i Pothier e di Duranton. Tanto per la endita che per il capitale esigibile, è queione d'intenzione, punto di fatto che si eciderà colle circostanze, il conoscere se, ove nulla siasi detto nella quietanza, ciò che si è pagato oltre gl' interessi o i frutti debba imputarsi sul capitale o possa ripetersi. Nell'uno e nell'altro caso il dippiù dovrà ripetersi, se fu pagato per errore; s'imputerà sul capitale, se così intesero fare le parti. Le sole differenze che potranno presentare i due casi saranno circostanze, che potranno render facile la soluzione in questo piuttosto che nell'altro senso: se per grazia di esempio, si trattasse di un capitale esigibile al presente scaduto, si comprende che il dritto del creditore di domandarne immediatamente il pagamento conferirebbe molto a far credere che il creditore abbia voluto pagare una parte del capitale che gli si poteva domandare intero.

III.—724. Delvincourt e Zachariae (II, pag. 369) insegnano doversi il nostro articolo applicare tanto agl'interessi moratori, che ai compensatori, rigettando così la distinzione che sul proposito faceva Pothier (n. 534).—Siffatta decisione ci sembra erronea, contraria insieme ai principi, al testo del nostro articolo, e a ciò che fu detto nella discussione del Consiglio di Stato.

Gl'interessi compensatori, cioè quelli che voi mi dovete per il godimento del mio capitale, altro non sono che i prodotti, i frutti del capitale; il debito del capitale, e quello degl' interessi non sono allora, parlando propriamente, due debiti distinti, ma un solo che ha per oggetto un principale ed un accessorio. Dunque non si poteva applicare a tal caso il principio che il debitore di più debiti è libero di soddisfar questo, anzichè quello. Ma se trattasi al contrario di una somma non produttiva d'interessi, e per la quale gl'interessi son dovuti come a ristoro del ritardato pagamento, allora il debito degl' interessi è perfettamente distinto da quello del capitale, e spesso avrà anche una diversa origine, poichè l' uno deriverà da un contratto, e l'altro dal danno recato al creditore, cioè da un quasi-contratto o quasidelitto (art. 1382, 1383 (1336, 1337)); vi son quindi due debiti affatto distinti;

la vostra obbligazione di rilasciarmi un cavallo non può confondersi con quella di pagarmi 100 franchi di ristoro per non avermi procurato il cavallo nel giorno posto. Or se in questo caso vi son propriamente due debiti, siamo dunque dentro il principio, a cui era sottratto il primo caso, cioè, che il debitore di più debiti è libero di soddisfar questo, anzichè quello.

Il testo non può avere altra significazione, parlando soltanto di *un debito che produce frutti o interessi*. Quand' anche la espressione di *debito che produce frutti* non fosse chiaramente spiegata coll'altra, o *che produce interessi*, basterebbe per se sola; non potendosi chiamar debito che produce frutti quello che non produce per se stesso alcun interesse, e per cui l'interesse deriva non *dal debito*, ma solo *dal danno* recato per lo inadempimento di quello.

Finalmente, essendosi censurato il nostro articolo nel Consiglio di Stato da Rèal come *innovativo*, lo difese Treilhard con dire, che se un tempo s'imputavano i pagamenti parziali sul capitale, quando gl'interessi *erano dovuti per il ritardato pagamento di un debito* che *naturalmente non doveva produrne*, s'imputavano al contrario sugl'interessi, *quando questi naturalmente e legalmente erano prodotti dal debito*. E siccome Réal avea preteso che l'articolo si dovesse restringere agl'interessi del prezzo *delle cose fruttifere*, rispose Treilhard, che se le consuetudini adottarono il principio che il danaro non deve dare interessi, diverso sistema fu tenuto da alcuni Parlamenti dei paesi di dritto scritto, e quest' ultimo era più conforme alla presente legislazione, che riguarda il danaro come capace di produrre interessi (Fenet, tom. XIII, pag. 78, 79).

Gli è dunque certo che il nostro articolo si è voluto soltanto applicare agli interessi prodotti direttamente dal debito, non a quelli che derivano soltanto dal ritardato pagamento, e i principî di Pothier furono in ciò solo modificati che, sotto il Codice i semplici debiti di danaro, e non solo i debiti di un prezzo di cose fruttifere possono direttamente produrre interessi.

1255 (1208).—Quando il debitore che ha più debiti, abbia accettato una quietanza, colla quale il creditore abbia specificatamente imputato sopra l'uso di essi la somma ricevuta, il debitore non può chieder più che l'imputi sopra un debito diverso; purchè non siavi stato dolo o sorpresa per parte del creditore.

725. Non facendo il debitore la imputazione come ne ha la facoltà dall'articolo 1253 (1206), può farla il creditore; e la indicazione inserita intorno a ciò nella sua quietanza produce tutto il suo effetto, quando la quietanza è ricevuta dal debitore, purchè per parte sua non vi sia nè dolo, nè sorpresa.

Che il debitore possa impedire la imputazione fatta dal creditore, provando che per parte di costui vi sia stato dolo, ciò esce dai principî generali (articolo 1116 (1070)); ma il nostro articolo, riproducendo in ciò la dottrina di Pothier (*numero* 529, § 7) andando più in là *gli* permette d'impugnare ancora l'imputazione, per esservi stata solo una semplice sorpresa, ma non una di quelle pratiche che costituiscono il dolo. Ad esempio, se il creditore ha cavato partito della ignoranza o della semplicità del debitore per fare una imputazione che costui non ha compresa, i tribunali la potranno dichiarar nulla, sebbene non siasi fatta o detta cosa alcuna dal creditore per trarre *in* inganno il debitore.

1256 (1209).— Quando la quietanza non esprima veruna imputazione, il pagamento si dee imputare nel debito che a quella epoca il debitore avea maggior interesse di estinguere fra quelli che fossero egualmente maturi: altrimenti s'imputerà sul debito scaduto, quantunque meno oneroso di quelli non per anco scaduti.

Se i debiti sieno di egual natura, l'imputazione si fa sopra il più antico: in parità di cose si fa *pro rata*.*

726. Se nè il debitore, nè in sua vece il reditore han dichiarato qual debito si vuole stinguere, la legge medesima fa la impuzione secondo le seguenti regole:

1°. Se di due debiti uno è scaduto e altro no, il pagamento s'imputa sul primo.

2°. Se i debiti sono tutti e due scadu-, ovvero se nè l'uno nè l'altro sieno sca-uti, benchè di questo caso non parli la egge, la imputazione legale si fa su uello che al debitore premeva più di oddisfare, cioè sul più oneroso. Così la nputazione si farà sopra un debito che orti arresto di persona, anzichè sopra li altri; piuttosto su quello che produca iteressi, che su quelli che non ne producono; sopra un debito ipotecario, anzihè sopra uno chirografario; su quello per ui il debitore abbia dato fideiussione, piutosto che su quello a cui era solo tenuto avendo maggiore interesse a sdebitarsi insieme con due, anzichè con uno). Se un ebito sia più oneroso di un altro sotto n riguardo, e meno oneroso sotto altro guardo; per mò di esempio, se il primo produce interessi e l'altro no, ma il primo è chirografario, e l'altro ipotecario, sarà determinato secondo le circostanze quale dei due fosse al postutto più oneroso.

3°. Se l'un debito non è per indole sua più oneroso dell'altro, e sieno scaduti questo e quello, si imputerà sul più antico, o sia su quello scaduto da più tempo; e deesi ammettere per analogia che quando i' debiti non sono scaduti, ed hanno simigliante natura, s' imputerà su quello che sta per iscadere.—Il debitore potrebbe avere interesse di soddisfare il debito meno antico, essendochè il più antico sia per prescriversi; ma la legge non poteva tener ragione di siffatto interesse, e non essendovi un'onesta ragione di preferenza, ha dovuto supporre che il debitore si voglia liberare di ciò che ei doveva da più lungo tempo. Se le cose fossero assolutamente uguali, e non vi fosse alcuna delle soprariferite ragioni per estinguere questo anzichè quell'altro debito, il pagamento si imputerà in proporzione sopra tutti.

§ 4. — *Delle offerte di pagamento e del deposito.*

727. Il capriccio o il malvolere di un reditore non può rendere perpetua l'obligazione del debitore, negandosi di riervere l'oggetto dovuto che quello gli vuol onsegnare. Conveniva pertanto si dichiaasse che le offerte del debitore equivarebbero per lui, poste alcune condizioni, d un pagamento e ad un mezzo onde lierarsi.

Ciò ha fatto il nostro paragrafo di cui non è facile cogliere il senso, essendovi una grande confusione.

Il creditore in tre diversi casi può negarsi di ricevere l'oggetto dovuto che gli si vuol consegnare: 1° per una somma determinata; 2° per un corpo certo, cioè una cosa determinata *in individuo*, come il tal cavallo, la tal botte di vino, ec; 3°

* Massime della C. S. di Napoli.

—Non può farsi luogo a quistione d'imputazione ando ciò che si paga è di genere diverso da ciò e si ha diritto a conseguire. Per esempio, pandosi contanti, la imputazione non può farsi che credito di contanti, e non a quello di generi. marzo 1827.

— Nella esistenza di più debiti il giudice non uò fare l'imputazione dei pagamenti se non teendo presenti le quietanze, qualora esistano. 11 ov. 1848.

— Trattandosi di credito unico, fondato sulla medesima causa, e pel quale sieno state prese successivamente diverse iscrizioni parziali, non può il creditore essere obbligato nel giudizio dei gradi, ad imputare sulla prima iscrizione la somma ricevuta, massime quando niuna imputazione sia stata fatta dal debitore. 21 giugno 1851.

— Se due sono i debiti, e si ritiene che amendue siano garentiti da ipoteca, è inutile esaminare su quale de' due debba farsi l'imputazione d'una somma ricevuta in conto. 3 marzo 1853.

per cose non determinate *in individuo*, e indicate soltanto per la loro specie, come un cavallo, una botte di vino. Or il Codice, anzichè distinguere con chiarezza queste tre ipotesi, entra in una confusione di regole mal determinate, contraddittorie, che formano insieme per dir così un inestricabile labirinto. Egli pone dapprima nell'art. 1257 (1210) un principio che dichiara formalmente applicarsi a tutti i casi, e che poi non può applicarsi che ai soli debiti di somme determinate; e dettate altre regole, le più delle quali potrebbero sembrar fatte pei tre casi, mentre possonò egualmente applicarsi al solo primo, stabilisce coll' art. 1264 (1217) ed ultimo una regola, anche incompleta, speciale al caso di un corpo certo; poi mette fine al paragrafo senza aggiungere una parola per il caso di cose determinate che non sieno danari.—Vedremo come il difetto di metodo del Codice abbia tristamente nociuto agli scritti dei suoi interpetri, nei più dei quali incontriamo le medesime contraddizioni che ha la legge.

Onde evitare tal confusione, e mettere maggior luce in questa materia, noi mano mano e distintamente parleremo 1° dei debiti di somme determinate; 2° di quelli di corpi certi; 3° di quelli che han per oggetto cose indeterminate che non sia danaro.

1. Dei debiti di somme determinate.

1257 (1210).—Quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento, il debitore può fargli l'offerta reale; e nel caso che il creditore non voglia accettare, può depositare la somma o la cosa offerta.

L' offerta reale seguita da un deposito libera il debitore; essa tien luogo di pagamento, riguardo a lui, quando sia fatta validamente; e la cosa in tal modo depositata rimane a rischio del creditore.*

SOMMARIO

I. Questa regola, non ostante che sia compilata in senso contrario, si applica ai soli debiti di danaro.—Osservazioni sulle spiegazioni dei diversi scrittori.

II. La liberazione e le sue conseguenze han luogo dal giorno del deposito e non già da quello delle offerte. Errore di Toullier.

I.—728. Stando al testo dell'articolo bisognerebbe dire che in esso si stabilisce un principio generale, applicabile non solo ai debiti di cose indeterminate, ma altresì a quelli di tutte le altre cose; presentando una disposizione semplice, assoluta e non ristretta ad una classe di debiti, e terminando il suo primo paragrafo, con le parole depositare *la somma o la cosa*. Da questo testo sorgerebbe, che tanto nei debiti di cose, come in quelli di denaro il debitore può riuscire a liberarsi, ove il creditore si neghi a ricevere, con le offerte reali, e col deposito dell' oggetto dovuto.

Or la necessità delle offerte reali e del deposito esiste solo pei debiti di denaro. La qual proposizione può stabilirsi e per la stessa ragione, e col confronto del nostro coi seguenti articoli, e specialmente colla disposizione dell' art. 1264 (1217).

E primieramente, non è egli ragione-

* Massime della C. S. di Napoli.

—L'offerta reale, anche valida, non produce la assoluzione del debitore ove non sia seguita dal deposito. 7 febbraro 1828.

— Dopo fatta l' offerta ed accettata anche con riserba, non si può procedere ad atti di esecuzione. 29 febbraro 1840.

— Le offerte reali debbono essere attese, ancorchè non seguite dal deposito. 16 dic. 1841.

— Se il creditore ricusi l'offerta per condizioni messe dall'offerente, e il giudice modifichi queste condizioni, non può contemporaneamente dichiarar valida l'offerta, e da quel momento cessar gl'interessi; 1° ottobre 1844.

e che il legislatore non abbia voluto
:tendere le offerte reali pei debiti di
,e?
Vedremo (art. 1258 (1211), VI) che le
:rte , non essendosi nella convenzione
ito il luogo del pagamento , debbano
si alla persona o al domicilio del cre-
ore. Or come si vorrebbe che un de-
ore che vuol fare la offerta, facesse tra-
)rtare a 100 o 200 leghe fino al domi-
io del creditore che può non essere il
)go del pagamento, una massa di der-
e, p. e. 100 botti di vino che debbonsi
lui consegnare? Siffatta regola si com-
enderebbe per le cose facili a traspor-
'si, ma non già indistintamente per tutte
cose. Dippiù vedremo che essa ha luo-
solo per il danaro, e che per qualun-
e altra cosa basta un' offerta reale, una
imazione perchè il creditore se la ritiri
l luogo posto, in somma un' offerta non
ile, cioè non accompagnata dal deposito
ettivo dell'oggetto dovuto.
Il nostro articolo si congiunge intima-
:nte coi seguenti che ne sono lo svilup-
. La legge, avendo detto nel nostro ar-
)lo 1257 (1210) che per potersi libe-
e v' è bisogno di offerte reali seguite
, deposito, spiega immediatamente nel-
:t. 1258 (1211) le condizioni delle of-
te reali, e nell'art. 1259 (1212) le con-
:ioni del deposito. Or secondo l'artico-
1258 (1211) le offerte debbono com-
:ndere la intera *somma*, *i frutti e gli in-
'essi*; poi l'art. 1259 (1212) vuole che
deposito si faccia nel luogo indicato
lla legge per ricevere tali depositi (e
legge indica solo il luogo per il de-
ro) , che si faccia *con gli interessi*
o al giorno del deposito, e che si sten-
un processo verbale delle *specie* offerte.
unque si parla del solo danaro.
L'art. 1264 (1217) completa questa di-
)strazione. Esso dice che il debitore di
corpo certo, che sia appunto nel luogo
: deve rilasciarsi, dee soltanto notificare
una intimazione al creditore perchè venisse
a prendere la cosa, ed aggiunge poi che
il deposito della cosa in un luogo che do-
vrà indicare il giudice, non è necessario,
ma solo facultativo per il debitore cui pre-
merebbe sbarazzarsi di quella cosa. Ma se
è così quando il corpo certo sia già nel
luogo ove doveva consegnarsi, certamente
se non vi sarà, il debitore dovrà farlo tra-
sportare onde essere nel caso previsto dal-
l'art. 1264 (1217).

Finalmente non è men chiaro che es-
sendo la cosa indeterminata , il debitore
lasciando o trasportando nel luogo voluto
per il deposito quella che vuol dare, e
intimando il creditore affinchè se la pren-
da , determinerà la cosa in individuo, e
mutando così il suo debito in un debito
di corpo certo , e mettendosi anche nel
caso regolato dall'art. 1264 (1217).

Quindi, o direttamente o per argomento,
deriva dall'art. 1264 (1217) che le offerte
reali e il deposito non sono mai necessa-
rie pei debiti di cose o determinate o in-
determinate , e che il nostro articolo si
applica solo ai debiti di danaro.

729. Bisogna nel nostro primo paragrafo
togliere le ultime espressioni o *la cosa*,
e dopo le parole « quando il creditore »
aggiungere *di una somma determinata*.

Deve dunque far meraviglia che i varî
scrittori riproducano e sviluppino senza nè
censura nè osservazione le parole del te-
sto: *la somma o la cosa* (1).

E sorprende maggiormente , che dopo
avere ammesso che le offerte reali e il
deposito sieno necessarie e per le cose deter-
minate e per le somme, vogliono che le offerte
sieno del totale *della somma*, non aggiun-
gendo, *o della cosa*, e che il deposito sia
fatto nel luogo *indicato dalla legge*, seb-
bene, come abbiam detto, il luogo sia per
il solo danaro (2). Da ultimo, ciò che è
più strano, la maggior parte degli scrittori,
ammesso che il nostro articolo è ben com-
pilato, e si applichi tanto ai debiti di co-

1) Toullier (VII, 187, 188); Delvincourt, Duran-
(XII, 201); Demante (II, 174) ; Zachariae (II ,
:. 381).

(2) Toullier (n. 191); Duranton (nn. 205-219-2°);
Delvincourt, Demante (n. 716).

se, come ai debiti di somme determinate, conchiudono che la regola ben diversa dell'art. 1264 (1217) debba applicarsi e. ai corpi certi, ed anche alle cose indeterminate , il che toglie il bisogno di offerte reali e del deposito per tutte le cose che non sieno danaro (1).

Per la qual cosa abbiam detto con ragione che nella maggior parte degli scrittori s' incontra la medesima contraddizione, o se si vuole, lo stesso difetto di metodo che è nel Codice.

II.—730. Il deposito della somma dovuta preceduto da valide offerte e regolarmente fatto , equivale per il debitore al pagamento; quindi lo libera , e non fa più correre gl'interessi, se il debito ne produceva, pone la somma ai rischi del creditore, e impedisce o fa cessare la mora del debitore.

Il deposito, non assolutamente ma relativamente , equivale al pagamento , ed estingue il debito. Il creditore resta sempre tale , non essendo stato pagato , se non che allora il suo credito non è più contro il debitore, ma contro la cassa dei depositi che è la sola obbligata rispetto a lui.

731. Diciamo che non dalle offerte , ma dal deposito derivano tali effetti. Non bisognerebbe, come ha fatto Toullier (numero 220, 231), intendere le parole: « le offerte reali seguite dal deposito liberano il debitore » come se dalle offerte venga quella conseguenza, purchè sieno seguite dal deposito, per modo che fattosi il deposito l'effetto risalirebbe al giorno delle offerte. Quelle parole significano semplicemente che il debitore è liberato dalle offerte e dal deposito che le segue, cotalchè la liberazione e le sue conseguenze derivano fatte che sieno le offerte e il deposito , non potendosi a questo attribuire un effetto retroattivo. La fine del nostro articolo, e massime l'art. 1259 (1212) e infine l'art. 816 (899 M) Cod. proc. allegati da Toullier in sostegno della sua sentenza provano il nostro assunto. Infatti secondo il nostro articolo, soltanto la cosa *depositata* è a rischio del creditore.— Giusta l'art. 1259-2° (1212-2°) il debitore è tenuto a depositare la somma *insieme cogl'interessi sino al giorno del deposito*; or non sarebbe così se fatto il deposito gli interessi cesserebbero di correre dal giorno delle offerte. Da ultimo l'art. 816 (899 M) Cod. proc.* dice, che qualunque sentenza che dichiarerà valide le offerte, qualora non sia stato per anco effettuato il deposito, ordinerà che questo sia fatto, e che cessino gl'interessi *dal giorno in cui sarà effettuato*; cioè il deposito e non già le offerte di cui parlasi incidentemente. E che il Codice di procedura, non ha voluto, come pretende Toullier, derogare l'art. 1259 (1212) Cod. civ. ma invece conformarvisi, esce dapprima dal suo articolo 814 (897) in cui è detto che il debitore che ha fatto le offerte , deve affin di liberarsi fare il deposito , *osservando le formalità stabilite dall'art. 1259 (1212)* del Cod. civ.; ed anche *Tarrible nel suo* rapporto sull'art. 816 (899) spiegò chiaramente che si parlava dello ESEGUITO DEPOSITO. Questo sistema del Codice non è del resto strano, essendo, come dice Toullier, quello della nostra antica giurisprudenza; e ove si fosse voluto far *mutamento*, avrebbe dovuto stanziarsi una regola, cioè stabilire un termine in cui il deposito avrebbe dovuto seguire le offerte, scorso il quale il deposito non avrebbe più retroagito. Si comprende infatti non potersi permettere che un debitore faccia il suo deposito sei mesi , un anno , infine dopo quel termine che vorrà dal giorno delle offerte , se lo effetto del deposito. (cioè la sua liberazione e il cessare degli interessi, ecc.) dovesse risalire al giorno delle offerte; sarebbe iniquo che il debi-

(1) Toullier (n. 210); Duranton (nn. 220, 221); Zachariae (pag. 284-II, III e IV).

.* L'art. 899 Codice di procedura civile termina con queste parole: « *ordinerà che questa (la somma o la cosa offerta) sia depositata e che cessino gli interessi dal giorno in cui sarà effettuato il deposito.*

ore non fosse più tenuto agl'interessi, tuttochè continui a godere del capitale, finchè vorrà; e non essersi stabilito un termine per effettuare il deposito è pruova che a liberazione e le sue conseguenze incominciano dal deposito. Dunque il debitore deve depositare la somma immediatamente dopo le offerte reali.

732. Del resto, la liberazione del debitore, sebbene derivi dal deposito fatto regolarmente, e con ciò che dee precederlo secondo i due seguenti articoli, è sempre condizionale; diventa diffinitiva quando il creditore accetta il deposito, ovvero per una sentenza passata in forza di cosa giudicata che dichiara valido il deposito. Vedremo ciò con gli art. 1261, 1262 (1214, 1215).

Esaminiamo ora quali condizioni sieno necessarie: 1° per la validità delle offerte che devono precedere il deposito (art. 1258 (1211)); e 2° per la validità dello stesso deposito.

1258 (1211). — Affinchè l'offerta reale a valida, è necessario:

1° che si faccia al creditore capace di icevere, o a chi ha facoltà di ricevere er lui;

2° che si faccia da persona capace di agare;

3° che comprenda l'intera somma esigibile, i frutti o gl'interessi dovuti, le spese liquidate, ed una somma per quelle non liquidate, colla riserva per qualunque upplimento;

4° che il termine sia scaduto, se fu stipulato a favore del creditore;

5° che siasi verificata la condizione sotto la quale fu contratto il debito;

6° che l'offerta sia fatta nel luogo convenuto pel pagamento: e quando non vi sia convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento, che sia fatta alla persona del creditore, o al suo domicilio, ovvero a quello scelto per l'esecuzione del contratto;

7° che l' offerta sia fatta per mezzo di un ufficiale pubblico autorizzato a tal sorta di atti.*

733. Quest'articolo vuole sette condizioni. una ottava ne aggiungono gli art. 812 813 (895 e 896) Cod. proc.

Le prime cinque non offrono alcuna difficoltà, derivando dai principî generali precedentemente stabiliti. Dippiù esse sono necessarie tanto per le offerte reali che per le amichevoli che han dovuto precedere quelle, giusta l'art. 1257 (1210). Infatti se le offerte amichevoli fossero state fatte ad un creditore o da un debitore, che sieno incapaci, o prima che compiasi la condizione, o giunga il termine posto in vantaggio del creditore, o infine se fossero state di una somma minore di ciò che era dovuto, il creditore avrebbe ben potuto ricusare; e sebbene le offerte reali si fossero poi fatte secondo le regole, il creditore che le accetterebbe, non ne pagherebbe le spese, come vedremo sotto l' ar-

* Massime della C. S. di Napoli.

—L'offerta reale, fatta per mezzo di notaio, è invalida. 29 aprile 1879.

— Spetta al giudice di fatto esaminare se l'offerta reale sia completa. 26 genn. 1826.

— È valida l'offerta, allorchè corrisponde al precetto. — È pur tale, ancorchè contenga delle condizioni, se il debitore vi rinunzia, salvo al creditore il diritto a ripetere le spese. 13 nov. 1829.

— È valida l'offerta reale, ancorchè manchi di pochi grana, se il magistrato trovi motivi di accordare lieve dilazione al debitore. 15 giugno 1837.

— Quando dimandasi col precetto o i generi o il prezzo in una determinata somma, il debitore che fa l'offerta reale del prezzo, rimane liberato. novembre 1841.

— Non debbe ammettersi un' offerta che non contenga tutti gli arretrati interessi, non ostante la iscrizione presa per una sola annata corrente, e due da maturare. 31 gennaro 1850.

— È invalida l'offerta della sola sorte, senza un acconto per le spese e la dichiarazione di esser pronto il debitore a pagarle dietro la liquidazione. 3 agosto 1850.

È valida la offerta fatta al domicilio del debitore defunto in mancanza di patto. 26 giugno 1852.

È nulla la offerta che contenga condizioni pregiudizievoli. 8 luglio 1852.

— È sempre incompleta la offerta della somma di condanna, quando mancano le spese delle sentenze, benchè appellate. 28 sett. 1852.

ticolo 1260 (1213).

Come bisogna decidere se la somma offerta, anzichè essere minore dello ammontare di tutto ciò che era dovuto fosse invece eccessiva? In tesi generale, e quando il creditore si sarà ricusato senz' alcuna spiegazione, nè circostanza speciale, le offerte non potrebbero dichiararsi nulle, perchè eccedenti la somma dovuta, quando il creditore con una semplice osservazione avrebbe potuto far ridurre le offerte all'ammontare effettivo del debito, togliendo alcune delle monete offerte. Ma se l'offerta eccessiva fosse fatta in carta moneta, o in moneta d'oro; o infine in modo che il creditore dovesse, per prendere il suo debito, dare *de suo*, ed egli avesse dichiarato di non poter dare, nè voler nemmeno accettare (oltre ciò che gli è dovuto) il rifiuto del debitore di offrire esattamente la somma dovuta, non ostante la giusta osservazione del creditore, equivarrebbe a un ritiro dell'offerta, e quindi sarebbe nulla.

734. Secondo la sesta condizione, la determinazione del luogo non è qui soggetta alle stesse regole come nel caso del pagamento. Non essendovi una speciale convenzione, il luogo del pagamento è quello del domicilio del debitore (articolo 1247 (1200)); le offerte al contrario in pari circostanze dovranno farsi o alla persona, o al domicilio reale o convenzionale del creditore.

Quanto alla settima condizione si è dubitato, se il verbale delle offerte (come pure quello del deposito) può esser fatto dal solo usciere, ovvero anche da un notaro. Delvincourt (*note*); Pigeau (*Procedura*, II, pagina 492); Carrer (*Proced.*, III, n. 2783) han detto che può esser fatto esclusivamente dall'usciere; sembra che sia pur questa la sentenza di Duranton (numero 219 *ult. parag.*).

Ma è questo un errore: il verbale delle offerte che non contiene citazione, e non è affatto giudiziario, può certamente stendersi da tutti gli ufficiali che rendono autentici gli atti, e quindi sì da un notaro che da un usciere. Ciò è generalmente ammesso (1).

L'ottava ed ultima condizione si è che il verbale indichi il numero e la qualità delle specie offerte, faccia menzione della risposta del creditore, e se egli ha sottoscritto, negato o dichiarato *di non potere* (Cod. proc., art. 812, 813 (895, 896)).

1259 (1212). — Perchè il deposito sia valido, non è necessario che venga autorizzato dal giudice; ma basta;

1° che sia stato preceduto da una intimazione notificata al creditore, colla quale si indichi il giorno, l'ora e 'l luogo in cui la cosa offerta sarà depositata;

2° che il debitore siasi spogliato del possesso della cosa offerta, consegnandola, insieme cogl' interessi decorsi insino al giorno del deposito, nel luogo indicato dalla legge per ricever tale deposito;

3° che siasi steso dall' ufficiale pubblico un processo verbale indicante la natura delle specie offerte, il rifiuto che abbia fatto il creditore di accettarle, o la sua mancanza a comparire, e finalmente il deposito;

4° che quando il creditore non sia comparso, gli sia stato notificato il processo verbale del deposito, colla intimazione di ritirare la cosa depositata.*

---

(1) Delaporte (art. 1258 (1211)); Toullier (numeri 199 e 201); Dalloz (*Obbligaz.*. p. 580, n. 17); Favard (*Rep. Offerta reale,* 2); Zachariae (II, pagina 381); R. de Villargues (*Rep.*, *Deposito*, numero 24); Lione, 14 marzo 1827; Agen, 10 maggio 1836; Bordeaux, 30 giugno 1836 (Devill., 37, 2, 79 e 123).

* Decreto 30 dicembre 1819.—1.I depositi giudiziarî ed amministrativi o volontarî pe' dominî di qua del Faro, che, secondo il disposto col citato art. 9 del decreto dei 30 gennaro 1817, doveano farsi nelle casse de' ricevitori del demanio, dal dì primo dell'entrante anno 1827 in poi saranno fatti nelle casse dei ricevitori generali e distrettuali della tesoreria generale.—2.I ricevitori generali e distrettuali terranno un registro particolare di tali depositi per conto della cassa di ammortizzazione.—4. Coloro che faranno i depositi suddetti, se saranno fatti presso il ricevitore generale, dovranno aver cura di far vistare dal controlloro della ricevitoria la dichiarazione che dal ricevitore sarà loro rilasciata; e quei che faranno i depositi presso i ricevitori distrettuali, dovranno aver cura di far vistare la dichiarazione suddetta dal sottintendente,

SOMMARIO

Sviluppo sulle quattro parti dello articolo. *II. Confutazione di un errore di Zachariae.*

I.—735. Perchè il deposito sia valido fa bisogno: 1° che sia stato preceduto da

la chi ne fa le veci. Senza di questa formalità dichiarazioni suddette non saranno sufficienti a caricarli dalla obbligazione a cui erano tenuti. 7. I depositi che dovranno farsi in Napoli, sa- ino fatti direttamente nella cassa di ammortiz- :ione, come finora si è praticato. — 8. Non o- nte le prescrizioni precedenti, anche que' delle ›vincie, qualora da chi ha l' obbligo di fare il ›osito volesse farsi direttamente nella cassa di mortizzazione, potrà farlo.

›ecreto 9 giugno 1820. —1. I depositi giudiziarî amministrativi o volontarî pe' domini oltre il o saranno fatti nelle casse dei ricevitori del .istro e bollo del luogo ove risiede l' autorità diziaria che deve giudicare. — In Palermo ed Messina i depositi suddetti saranno fatti nel ıco, e le polizze di credito, o sia partite di ta- a, saranno poi versate nella cassa del ricevitore registro. — 6. Per facilitare la sollecita resti- ione dei depositi di picciole somme, dipendenti giudizî presso i giudici di circondario, i rice- ›ri del registro riterranno presso di loro i de- ıiti di somme sino a cento ducati; senza farne samento nella cassa degli agenti della tesoreria erale. In tal caso il diritto di ritenuta andrà a co delle parti interessate. — I depositi sino a ducati ne' giudizi presso i conciliatori si fa- no presso i cassieri comunali, i quali ne terranno ıto e rilasceranno una ricevuta alla parte. — 8. epositi saranno restituiti dagli stessi ricevitori registro e bollo, che li avranno ricevuti, pre- il mandato dell'autorità giudiziaria competen- salvo il prescritto nell'art. 14. A tal'effetto lo ratto esecutivo della parte dispositiva della sen- za o decisione che avrà prescritto la liberanza deposito, sarà esibito dalle parti interessate al :io procuratore presso il tribunale civile o al dice del circondario, secondo i termini della ri- ttiva compe enza; e l'uno o l'altro con loro uf- o invieranno per mezzo delle stesse parti tale ratto al ricevitore del registro per eseguire il ;amento. I cassieri comunali restituiranno pa- ıente i depositi presso loro pervenuti a' termini l'art. 6; in vista dell'uffizio del conciliatore, che ›irà la parte, accompagnato dall'estratto della tenza del conciliatore medesimo. — 9. Il rice- ›re del registro, in vista dell' uffizio di cui si la nell'art. precedente, verificato il deposito, ne guirà subito il pagamento a preferenza di ogni o esito sulle somme che per qualsiais ramo tro- ;i presso di se: ritirando la quietanza in regola a parte precedente che sarà fatta in piedi dello 'atto della sentenza o decisione per mano del aio certificatore del distretto o di altro pubblico ziale autorizzato a farne provvisoriamente le veci, si tratti del comune capoluogo del distretto in cui risiede il notaio certificatore: negli altri comuni si farà per mano di un pubblico notaio. — 11. Se i ricevitori del registro non avranno fondi per la restituzione de' depositi al momento in cui sarà loro esibito il mandato dell'autorità giudiziaria, e se non converrà alla parte interessata di aspettare la percezione di ulteriori introiti, i ricevitori medesimi rilasceranno alla stessa parte un verbale di rifiuto accompagnato da loro uffizio all'agente distrettuale della tesoreria generale; e visteranno lo estratto della sentenza o decisione, attestando la verità del seguito deposito. Una copia del verbale di rifiuto sarà spedita dal ricevitore al direttore della valle. — 12. La parte interessata esibirà il verbale di rifiuto e gli altri documenti dell'agente distrettuale della tesoreria generale, il quale confrontando la somma del deposito col versamento fattone dal ricevitore del registro rifiutante, ne eseguirà immediatamente il pagamento, ritirando la quietanza nel modo sopra stabilito. — 13. Ove i ricevitori si ricuseranno al pronto pagamento, o a fare immediatamente il verbale di rifiuto, le parti si dirigeranno al direttor della valle, il quale in veduta dell'estratto della sentenza, disporrà immediatamente il pagamento o sopra la cassa del ricevitore presso cui è stato eseguito il deposito, o sopra qualunque altra cassa de' ricevitori della valle a lui soggetti; disponendo a carico del ricevitore che si è negato le misure convenienti, con darne conto alla direzione generale. — 14. I depositi fatti nel banco di Palermo o in quello di Messina si restituiranno per banco colle formalità prescritte nello art. 8. I pagamenti però si disporranno in Palermo dal tesoriere generale, ed in Messina dal direttore della Valle.

Decreto 10 gennaro 1825. — 1. L'articolo 6 del decreto de' 9 giugno 1820, con cui ad oggetto di facilitare la sollecita restituzione dei depositi di piccole somme dipendenti da' giudizî presso i giudici di circondario, fu disposto che i ricevitori del registro ritenessero presso di se i depositi di somme sino a cento ducati senza farne versamento nelle casse della tesoreria generale, è da Noi rivocato. — 2. I ricevitori del registro, presso cui in esecuzione del sopraddetto decreto, sono stati e saranno fatti de' depositi, qualunque ne sia la somma, non potranno presso loro ritenerla, ma saranno tenuti versarla nelle casse degli agenti della tesoreria nello stesso modo e colle stesse regole per lo versamento di ogni altro progetto affidato alla loro percezione, riservandone però la provenienza con l' indicazione particolare e separata da ogni altro introito. — 3. Quando sia poi ordinata la restituzione di tali depositi sarà eseguito il disposto negli articoli 8, 11 e 12 del detto decreto de' 9 giugno 1820.

un'intimazione notificata al creditore, colla quale s'indichi il giorno, l'ora, e il luogo, per ricevervi, se cangia proposito, le specie prima rifiutate, o per vederne eseguire il deposito: questa intimazione può esser fatta insieme col verbale delle offerte; 2° che il debitore, non essendosi presentato il creditore nel luogo e nell'ora indicata, o avendo nuovamente negato di ricevere, si sia spogliato della somma offerta, consegnandola insieme cogl' interessi decorsi insino al giorno del deposito, nel luogo indicato dalla legge per ricevere tali depositi, comprendendovi nel deposito le spese; poichè deesi depositare la somma *offerta* e giusta il precedente articolo si deve *offrire* insieme col capitale e gl'interessi lo ammontare delle spese liquide, ed una somma per quelle non liquide; — 3° che il verbale si stenda non dal preposto dalla cassa dei depositi, cui la legge non conferisce qualità per istendere un tale atto (Nimes, 22 agosto 1809), ma dall'ufficiale che ha steso il verbale di offerte, o d'altri che abbia come lui questo potere, come il notaro o l' usciere; che il verbale indichi come quello delle offerte la natura delle specie, affinchè si provi che il deposito comprende ciò che era stato offerto; che faccia menzione di non essere comparso il creditore, o del suo nuovo rifiuto di ricevere, e infine del deposito che ne è seguito;—4° da ultimo e nel solo caso in cui il creditore non è comparso al deposito, che gli si notifichi una copia del verbale colla intimazione di ritirarsi la somma.

Secondo la legge del 28 ag. 1816 e delle ordinanze dei 22 maggio e 3 luglio dello stesso anno, i depositi di cui è parola nel nostro articolo, debbono farsi in una cassa creata col nome di *cassa dei depositi*, e di cui i proposti sono, a Parigi, un cassiere speciale; nei capiluoghi di dipartimento i ricevitori speciali; e nei capiluoghi di distretto i ricevitori particolari.

II.—736. Zachariae, nella spiegazione di questo articolo, è incorso in un errore che colla sola lettura del testo può ben confutarsi. Egli insegna (pag. 384) che il nostro articolo vuole la menzione nel verbale del deposito del primo rifiuto fatto dal creditore alle offerte, e del suo non comparire in quel tempo.

L'errore è manifesto; perchè, quand'anche si potesse chiamar *non comparsa* l'essere assente da un luogo ove non era chiamato, non sarebbe men chiaro da tutto insieme l'articolo che si parla nel num. 3 del non comparire il creditore al deposito a cui era intimato di trovarsi secondo il n. 1, e che per tale non comparsa vuolsi dal n. 4 una notificazione del verbale che sarebbe inutile se il creditore fosse stato presente al deposito. E se è lo stesso il non comparire nel n. 3 e 4 cioè l'assenza del creditore al tempo del deposito a cui era chiamato, certamente quando la legge nel n. 3 presenta alternativamente, e come due ipotesi, di cui una sola può effettuarsi e dev' esser menzionata, la non comparsa del creditore, o il suo *rifiuto* di non ricevere, nell'una delle *ipotesi si* accenna al rifiuto che fa, *comparendo al deposito*, e nell'altra *del suo* non comparire al deposito.

Il nostro articolo è così evidente, che il più degli scrittori non ha giudicato utile spiegarlo, ma ve ne ha due che dichiarano meglio il loro pensiero, e contraddicono la strana proposizione di Zachariae. Toullier (n. 210) dice che « siccome il creditore fino all'ultimo momento ha il diritto d' impedire il deposito, ricevendo la somma, bisogna indicare o il suo rifiuto *se è presente al deposito*, o la sua assenza, *se non vi è* ». Demante, che non è così esplicito, fa abbastanza comprendere che si tratta di un rifiuto, o dell'assenza contemporanea *del deposito*, e non già *delle offerte*, dicendo che il n. 3 si restringe a volere « un verbale particolarizzato del deposito, e delle circostanze in cui ha luogo » (II, n. 716).

1260 (1213). — Le spese dell' offerta reale e del deposito, se questi atti son validi, sono a carico del creditore.

SOMMARIO

'I creditore deve pagare le spese, quando ha lasciato fare le offerte e il deposito, ed anche accettando nel punto del deposito, dopo avere rifiutate le offerte.

II. Quid, *quando riceve egli le prime offerte? Si dissente da Delvincourt, Pigeau, Favard e Zachariae, con Toullier e Duranton. Soluzione.*

:.—737. Il creditore allorchè ha ricu› di ricevere le offerte reali, e nuovante si è rifiutato, o non si è presentato tempo del deposito, deve pagar tutte spese, se le offerte e il deposito son dati e fatti secondo le regole, avvegna: si sieno fatte per colpa di lui.

Se rifiutate le offerte reali, egli volesse :vere quando si fa il deposito, ed imlirlo, egli dovrebbe sempre pagar le spenon che delle offerte, ma dell'andata l'ufficiale ministeriale, e del trasporto denari fino alla cassa dei depositi, :chè con la sua tarda accettazione consrebbe il suo torto, e proverebbe che spese fatte fino a quell'ora derivano da ı colpa.

II.—738. Ma come decidere se egli riette le offerte nel punto medesimo che vennero fatte, e alla prima intimaziodi riceverle? Delvincourt, Favard, Piıu e Zachariae (pag. 382) insegnano : pure in questo caso le spese delle ofte dovrà pagarle il creditore, a meno : non si provi da speciali circostanze : il debitore abbia fatto quelle offerte ı malizia, e senza che il creditore abbia i pensato a ricusare. Per lo incontro ullier (VI, 219) e Duranton (XII, 224) :idono che in principio il debitore dopagare le spese, le quali saranno a ico del creditore, ove risulti da speciali che questi col rifiuto del pagamento, :va rese necessarie le offerte reali.

Crediamo esservi in ciò equivoco, e fanente potrebbero gli uni esser d'acdo cogli altri, se si fossero meglio spiei, e avessero più accuratamente interato i testi della legge. Senza fallo, fati validamente le offerte, le spese sono :arico del creditore. Siccome, giusta il ıtro articolo, il creditore deve pagare e le offerte e il deposito, se validamente si son fatte questo e quelle, così deve pagare le offerte, se queste soltanto si sono fatte dal debitore; la regola relativa alle offerte comprendesi necessariamente nell'altra scritta per le offerte e il deposito. Ma perciò è mestieri le offerte siensi fatte validamente, e quindi, oltre alle varie condizioni indicate dall'art. 1258 (1211), è necessario innanzi tutto che esse sieno state provocate dal rifiuto di ricevere fatto del creditore; prima condizione voluta dalla legge e dalla ragione: l'art. 1257 (1210) dichiara che un debitore può solamente fare offerte reali, *quando il creditore neghi a ricevere il suo pagamento.* Or se il rifiuto primitivo del creditore naturalmente si presume, quando il creditore rifiutando sempre ha lasciato fare il deposito, o anche quando ha accettato nel punto del deposito, dopo rifiutate le offerte reali, non si può presumere questo rifiuto anteriore alle offerte reali, avendole il creditore immediatamente accettato.

Deve dunque dirsi (non secondo l'articolo 1248 (1201) allegato da Toullier e che qui non entra, ma secondo l'art. 1257 (1210)) che la soluzione dipende da una questione di fatto: il creditore innanzi le offerte reali si negò o pur no a ricevere un pagamento all'amichevole? Essendo ciò dubbio, la prova del rifiuto è del debitore, perchè egli l'allega: *incumbit probatio ei qui dicit.* Quindi egli deve provare o con la confessione del creditore, o con testimoni, o in altro modo, che le sue offerte furon fatte, posciachè il creditore si ricusò di ritirarsi la somma nella casa di lui o in altro luogo ove dovea pagarsi; ovvero se si dovesse pagare in casa del creditore, dopo essersi da lui inutilmente recato una prima volta per fare il paga-

mento amichevole.

739. Quest' ultima osservazione fa ben comprendere fino a qual segno siasi ingannato Toullier, e come sia falso il motivo della sua soluzione, sebbene in se stessa ci sembri giusta. « Se il creditore accetta le offerte, egli dice, non v'è dubbio che le spese sono a carico del debitore, se era obbligato di pagare *al domicilio del creditore*. Il debitore deve pagare il *mandatario con cui egli manda il danaro*. D'altronde le spese *del pagamento* sono a carico del debitore, conforme l'art. **1248** (**1201**). È questa la regola generale ».

Toullier non entra nemmeno nella questione, confondendo stranamente le spese del pagamento con quelle delle offerte reali. Senza dubbio, se il debitore obbligato di pagare in casa del creditore, manda i suoi danari con un usciere, invece di portarli egli stesso, egli deve pagare l'andata dell'usciere, come avrebbe pagata la sua. Ma non è questa la quistione; e se non si comprendono bene gli scrittori che si combattono, non è possibile l'intendersi. Toullier supponendo un debitore che la prima volta manda un usciere in sua vece, ritiene certo, notorio, confessato dallo stesso debitore, che non è stata mai fatta prima alcuna offerta amichevole. Or la questione era, se le offerte reali, quando sono accettate, debbano o pur no *far presumere* che quelle *amichevoli* sieno state *precedentemente* fatte e rifiutate. Come si disputa se le offerte reali debbano *far presumere* altre offerte *anteriori*, tenendosi per certo che *si è incominciato* dalle offerte reali?...

Duranton su questa medesima questione ha detto un' idea più strana. Ed ecco come il professore ha fatto ragionare Pigeau: « quando il creditore accetta le offerte fattegli dall' usciere, dee presumersi che egli *aveva prima chiesto il suo pagamento* all' amichevole e che *il debitore* per impotenza *o mal volere* glielo *abbia negato*; dunque *il creditore deve pagare le spese* » E a Duranton sembra bello questo argomento! Non ne adotta la conclusione unicamente perchè la maggiore non gli parve esatta, non essendo scritta nella legge la presunzione di cui è parola; ma non nega che se esistesse la presunzione, sarebbe legittima! Così, ammesso che il creditore *ha chiesto il suo* pagamento, e il creditore glielo *ha negato* anche per mal volere, le spese dovrebbero pagarsi non dal debitore che è in mora, ma dal creditore cui nulla può imputarsi !!!. In Pigeau non s'incontra questo incredibile ragionamento che *gli fa fare* Duranton; si legge al contrario (Procedura civile, lib. III, alla parola *Offerte*, § II, n. 3) che se il creditore (secondo egli crede) deve pagar le spese, gli è perchè « non si presume che il debitore faccia fare offerte da un usciere *prima che egli le abbia fatto all'amichevole* ». È appunto il contrario di ciò che gli fa dire Duranton.

740. Dunque, perchè le spese delle offerte reali sieno pagate dal creditore che le accetta, è bisogno che le offerte amichevoli si sieno fatte prima, e secondo le regole. Se, provando il debitore di aver prima fatte le offerte amichevoli, il creditore prova a sua volta che le offerte erano irregolari (ad esempio, che fossero fatte prima di compiersi una condizione che sia avverata dopo, e innanzi che il debito esistesse), le offerte reali sono allora le prime offerte valide; nulla dee imputarsi al creditore che le accetta, e le spese deve pagarle il debitore che doveva fare le offerte reali dopo fatte *validamente* quelle.

1261 (**1214**). — Finchè il deposito non sia stato accettato dal creditore, il debitore può ritirarlo; e, quando il ritiri, i suoi condebitori o i suoi fideiussori non restano liberati.

1262 (**1215**). — Allorchè il debitore ha egli stesso ottenuto una sentenza passata in giudicato, la quale abbia dichiarata buona e valida la sua offerta e 'l deposito, non gli è più permesso, nemmeno col consenso del creditore, di ritirare il deposito in pregiudizio de' suoi condebitori o de' suoi fideiussori.

1263 (1216).—Il creditore che abbia acconsentito che il debitore ritiri il deposito, dopo che fu dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, non può più valersi, pel pagamento del suo credito, de'privilegi e delle ipoteche che vi erano annesse: egli non ha più ipoteca se non dal giorno in cui l'atto, col quale acconsentì che si fosse ritirato il deposito, sia rivestito delle forme prescritte a produrre ipoteca.

741. Abbiamo fatto già osservare che il deposito validamente fatto estingue definitivamente il debito col contratto che si forma tra il debitore e il creditore per l'accettazione di costui, o col quasi-contratto giudiziario che risulta da una sentenza che dichiara valido il deposito. La sentenza deve aver forza di cosa giudicata, ossia non può essere riformata e sostituita da altra contraria sentenza, come una sentenza in contumacia che potrebbe annullarsi in opposizione, o una sentenza di prima istanza che potrebbe annullarsi in appello. Così il debito estinguesi col contratto o il quasi-contratto che conferma il deposito; i nostri tre articoli stabiliscono il principio, e ne deducono le conseguenze.

Finchè non vi sia nè accettazione, nè cosa giudicata, il debitore può ritirare il suo deposito, e questo si tiene come non avvenuto. Con questo ritiro essendo annullato il deposito che aveva estinto il debito provvisoriamente e condizionatamente, il debito ha sempre esistito, e quindi i condebitori, le fideiussioni, le ipoteche ed altri accessori che lo garentivano, continuano sempre. Per l'incontro, essendovi accettazione o cosa giudicata, il debito è definitivamente estinto; e il debitore quindi non potrebbe più ritirare la somma che col consenso del creditore, e allora nascerebbe un credito novello: le garenzie che proteggevano l'antico credito, non esistevano più, e si potrebbe soltanto farne nascere altra nuova coi mezzi ordinari.

2. Dei debiti di corpi certi.

1264 (1217).—Se ciò che si dee, sia una cosa certa la quale debba consegnarsi nel luogo in cui si trova, il debitore dee interpellare il creditore a prendersela con atto notificato personalmente, o al suo domicilio, o al domicilio scelto per la esecuzione del contratto. Fatta tale intimazione, se il creditore non toglie la cosa, e il debitore abbia bisogno del luogo in cui è collocata, potrà questi ottenere dal giudice il permesso di depositarla in altro luogo.

SOMMARIO

I. Distinzione fra il caso in cui il corpo certo deve rilasciarsi nel luogo in cui si trova, o in qualunque altro che non sia il domicilio del creditore, e il caso in cui il debitore per eccezione è tenuto di recarlo a quel domicilio.

II. Qual modo dee seguirsi in ciascuno dei due casi.

I.—**742.** Quando le cose non sono denaro, non è più necessario che si seguano le regole già indicate. Non si poteva in fatto pretendere che un debitore togliesse dal luogo in cui doveano essere consegnate, cinquanta o sessanta botti di vino, o cento balle di cotone o una massa enorme di legna, per farne la consegna effettiva nel domicilio del creditore. Una semplice intimazione notificata al creditore, di ritirarsi le cose dovute nel luogo in cui doveano consegnarsi, era bastevole per sostituire le offerte reali e il deposito voluto pei debiti di somme determinate.

Il nostro articolo applica espressamente questa regola al caso in cui un corpo cer-

to sia di presente nel luogo in cui dee consegnarsi; non si può quindi, nel caso in cui il corpo certo fosse in altro luogo, anzichè questa regola, seguire l'altra dei precedenti articoli, dipendendo sempre dal debitore di trasportare, innanzi che faccia la sua intimazione, il corpo certo nel luogo ove deve consegnarsi, ponendosi così nel caso previsto alla lettera dal nostro articolo. Così la regola si applica necessariamente a tutti i casi in cui il corpo certo deve consegnarsi altrove che nel domicilio del creditore, purchè il debitore trasporti l'oggetto, quando non vi è, nel luogo della consegna. Adunque il nostro articolo, come aveva fatto Pothier (n. 542, § *ultimo*), restringe la sua disposizione non già in opposizione al caso in cui un corpo certo deve consegnarsi e il creditore dovrebbe ritirarlo altrove che nel luogo ove di presente si trovi (perchè, lo ripetiamo, sarebbe troppo facile al debitore sottrarsi alla regola diversa che si avrebbe voluto stabilire per tal caso, e far rientrare il secondo nel primo caso), ma in opposizione al caso in cui il debitore fosse obbligato di recare egli stesso il corpo certo presso il suo creditore. In quest'ultima ipotesi si va diversamente, perchè il debitore non può intimare il suo creditore di ritirarsi in questo o in quel luogo l'oggetto che è obbligato di recare egli stesso.

Così debbonsi qui distinguere due casi: o il corpo certo deve prendersi dal creditore presso il debitore o altrove, ovvero deve consegnarsi presso di lui dal debitore.

II.—743. Nel primo caso si applica il nostro articolo. Il debitore intima al creditore di ritirarsi l' oggetto dal luogo in cui deve consegnarsi; questa semplice intimazione produce per se sola l'effetto che nei debiti di somme determinate le offerte reali e il deposito, cotalchè il debitore senza fare altro è immediatamente liberato, purchè la sua intimazione si riconosca debitamente e regolarmente fatta o per la accettazione del creditore, o per una sentenza. Infatti, scorgesi dal testo medesimo dell'articolo, che ove il debitore fa seguire la intimazione dal deposito (di cui allora deve fare indicare il luogo dal magistrato) gli è che lo vorrà, e avrà bisogno di sgombrare il luogo in cui è riposta la cosa.

Ben si comprende che per analogia di ciò che avviene pei debiti di somme determinate, le spese dell'intimazione e quelle del deposito, se ve ne ha, saranno a carico del creditore, purchè si provi che la intimazione sia stata fatta, posciachè il creditore abbia ricusato di ritirarsi l'oggetto.

744. Nel caso in cui il debitore va a consegnar la cosa, come dovea, al domicilio del creditore, e questi nega di riceversela presso di se, il debitore, purchè abbia una prova del rifiuto, deve trasportar l'oggetto in qualche casa di quel luogo ove può essere accolto e custodito, lasciandolo in deposito e intimando il creditore di ritirarselo. — Fatto il deposito e la intimazione, il debitore sarebbe obbligato a far determinare con una sentenza un luogo di deposito; e questo deposito per mezzo di sentenza, che nel precedente caso è facultativo, sarebbe in questo *obbligatorio?* Noi non crediamo che *il debitore vi sia* obbligato sebbene sarebbe *utile* il farlo. Nel precedente caso, non essendosi ordinato dal magistrato il deposito, l'oggetto rimane in deposito nel luogo stesso in cui doveva consegnarsi; e qui non è lo stesso appunto per la colpa del creditore, poichè il luogo della consegna era il suo domicilio, e inutilmente si è andato a fargliene l'offerta.

Stimiamo dunque che in questo come nel primo caso, il debitore, sotto la condizione che il creditore dopo accetterebbe, o che una sentenza dichiarerebbe regolare ciò che si è fatto, sarà liberato dal giorno della intimazione fatta al creditore di ritirarsi la cosa nel luogo ove è stata deposta immediatamente dopo il rifiuto; e allora quando il debitore, perchè il primo depositario non vorrebbe continuare a custodire la cosa o per qualunque altra siasi ragione, farebbe indicare un altro luogo di deposito o con una espressa sentenza, ovvero (e sarebbe molto più semplice) con

sentenza medesima che persistendosi nel iuto di dichiarare regolari gli atti e renre diffinitivo il liberamento, comincerebbe mpre ad estinguersi il debito e a metrsi la cosa a rischio del creditore dal moento dell'intimazione e non solo dall'ulno deposito. — Non fa uopo aggiungere ie in questo secondo come nel primo iso, tutte le spese fatte, comprese quelle del trasporto della cosa dal domicilio del creditore che si ricusa al luogo ove si è deposta, sono a carico del creditore. Quelle del trasporto fino al domicilio di quest'ultimo debbono pagarsi dal debitore, poichè essendo il trasporto parte della sua obbligazione, egli le avrebbe ugualmente fatto se il creditore avesse accettato.

3. Dei debiti di cose indeterminate.

745. Si è già fatto osservare che, da ıa mano estremamente difficile e anche ıpossibile era il trasportare in varî luoıi e a grandi distanze l'oggetto della obgazione, sia esso non determinato *in invìduo* ovvero un corpo certo, e quindi legislatore non avea potuto soggettare caso alle regole stabilite pei debiti di ımme determinate; e dall'altra mano, la elta fatta dal debitore della cosa che dee ffrire, e il suo deposito nel luogo della nsegna (o il suo trasporto al domicilio esso del creditore, quando quivi per eczione deve farsi il pagamento), e in fine intimazione da farsi al creditore nella ıale si dovrà indicare individualmente la esa, mirano a rendere determinata la cosa ie prima tale non era, ed applicar così regole dei corpi certi. Per questa terza l ultima classe di obbligazione si seguinno le regole esposte sotto l'art. 1264 (1212).

Ci resta a far qui una sola speciale osservazione per il caso in cui la scelta della cosa per eccezione al diritto comune fosse non del debitore ma del creditore. Allora non si potrebbero fare offerte reali, ma nemmeno una intimazione per ritirarsi il tale oggetto, o far ordinare direttamente il deposito altrove se al debitore servisse il luogo, poichè l'oggetto deve determinarsi appunto colla scelta del creditore il quale ricusa di farla. In questo caso il debitore dopo il primo rifiuto del creditore, gli farà una intimazione perchè *scelga* e ritiri l'oggetto, e negandosi nuovamente a tal richiesta, egli otterrà una sentenza per ordinarsi che la scelta che non si è fatta dal creditore si faccia per lui dalla tal persona, e la cosa che vien scelta sia deposta in quel luogo.

§ 5. — *Della cessione dei beni.*

746. La cessione dei beni, come abbiao già detto, non ha alcun logico rapporto on la materia del pagamento e con la eıinzione delle obbligazioni (essendo solınto un mezzo di liberare il debitore dal arcere, ma non già dal debito); per cui olloccheremo la spiegazione dei sei articoli di questo paragrafo nel titolo dell'*Arresto personale*. Così fanno Delvincourt (III, tit. X, cap. V) e Zachariae (IV, pagina 132 e 147, § 586 e 587); nè Pothier aveva collocato il beneficio di cessione nel suo trattato *delle Obbligazioni*.

SEZIONE II.

DELLA NOVAZIONE

747. La novazione, che qui incontriamo ome la seconda causa per estinguere le obbligazioni, è il mutamento di obbligazione, il trasformarsi di una in altra obbli-

gazione. La novazione può derivare da una sentenza; però noi non ci occuperemo qui del quasi-contratto giudiziario che appartiene alla procedura, ma della sola novazione convenzionale di cui parla la nostra sezione.

1271 (1225). — La novazione si fa in tre maniere:

1° quando il debitore contrae col suo creditore un nuovo debito, il quale è sostituito all'antico che rimane estinto;

2° quando un nuovo debitore è sostituito allo antico che vien liberato dal creditore;

3° quando in virtù di una nuova obbligazione un nuovo creditore vien sostituito all'antico, verso cui il debitore è liberato.

748. La novazione o il mutamento della obbligazione può avvenire in tre modi: 1° col cambiarsi soltanto la obbligazione, rimanendo gli stessi il creditore e il debitore: per esempio, se io convengo di darvi il mio cavallo in luogo dei 1,000 franchi dovutivi; 2° col mutarsi il debitore; voi consentite a sdebitarmi dei 1,000 franchi che vi devo, perchè Pietro si obbliga a pagarveli in mia vece; 3° infine col cangiare il creditore: voi mi esonerate dell'obbligazione di pagarvi 10,000 franchi, obbligandomi a dare a vostro padre una rendita vitalizia di 700 franchi.

Questi tre modi di novazione possono poi combinarsi insieme per formare una sola novazione di obbligazione. Se voi mi liberate del mio debito di 1,000 franchi perchè Pietro si obbliga a consegnarvi invece il suo cavallo, si muta insieme il debitore e l'oggetto della obbligazione. Parimente, se mi liberate del mio debito di 10,000 franchi perchè Pietro si obbliga a pagare a vostro padre la pensione di 700 franchi, si muta in uno l'oggetto dell'obbligazione, il debitore e il creditore. E se più cause di novazione possono così concorrere ad estinguere una sola obbligazione, viceversa una sola causa di novazione può estinguere di un tratto più obbligazioni non solo in vantaggio dello stesso debitore, ma altresì di varî debitori. Così voi potete liberarmi delle obbligazioni di corrispondervi la tal rendita, di consegnarvi il mio cavallo e di fabbricarvi una casa, per l'unica obbligazione che io contraggo di pagarvi la somma *di*... Se Giacomo si obbliga a pagarvi 1,000 franchi dei quali 500 son dovuti da Pietro, e 500 da Paolo, i debiti di cotesti due si estingueranno cangiandosi soltanto il debitore. Così anche se Primo deve 500 franchi a Secondo, e questi una egual somma a Terzo, e questi una a Quarto, i quattro possono stabilire che Primo si farà debitore di 500 franchi verso Quarto, di modochè si estingueranno insieme i tre crediti di Quarto contro Terzo, di questi contro Secondo, e di quest'ultimo contro Primo. Allora è vero vi son due cause di novazione, perchè si muta il creditore per il debito di Primo, e si muta il debitore per gli altri due; ma quest'ultima causa estingue ad un tempo, e per se sola due obbligazioni, e potrebbe anche estinguerne assai più.

1272 (1226). — La novazione non può aver effetto se non tra persone capaci di contrattare.*

* Massime della C. S. di Napoli.

— Vi è novazione quando invece di una si dà un'altra cosa in pagamento. 23 sett. 1829.

— Non fa novazione col creditore ereditario quel coerede che, promettendo il pagamento del debito ereditario, obbliga non solo la sua quota, ma l'eredità tutta. 17 gennaro 1837.

— Un contratto posteriore porta novazione al precedente se ne altera l' essenza o la sostanza, non già gli accidenti. 1 luglio 1841.

— La cessione per surrogazione di un credito che fa il debitore al suo creditore con liberazione, produce novazione, 16 febbraro 1843.

SOMMARIO

Le due parti devono esser capaci l'una di rinunziare il suo credito; l'altra di contrarre il novello debito. Dove manchi la capacità, la novazione può annullarsi.
L' annullamento cade sull'intero contratto di novazione, di maniera che togliendosi la rimessa del primo debito, vien meno anche il secondo.
Confutazione della dottrina contraria di Toullier, Duranton, Zachariae, ec.—Osservazioni sull'obbligazione naturale.
È il medesimo quando la novella obbligazione è annullata per errore, violenza o dolo. Falso motivo di Toullier, falsa decisione di Zachariae.
V. *La novazione può operarsi immediatamente, non ostante che il secondo debito sia condizionale. Censura di Zachariae e Duranton.*
VI. Quid *quando l'antico debito sia soggetto ad annullamento (per incapacità o per altra causa) ovvero condizionale?*
VII. *Non può darsi mai luogo a novazione se di nullità radicale siano colpite, o l'antica obbligazione, o la nuova.*

.—749. In qualunque novazione il cre-re abbandona il suo credito, e l'altra e si assoggetta al novello obbligo che e sostituire l' antico. Bisogna dunque, chè regolarmente si formi il contratto novazione, che le due parti siano capa-non già di fare qualunque sorta di con-to, ma per lo meno l' una di aliena-il credito che vuolsi estinguere, e l'al-di consentire l'obbligazione che devesi prima sostituire.

a capacità delle due parti è necessa-non già perchè vi sia la novazione, perchè dessa sia regolare e pienamente da. Infatti la incapacità di una parte impedirebbe che il contratto si for-sse e producesse i suoi effetti; il con-to e le sue conseguenze potrebbero essere annullate a richiesta dell'inca-e e non già dell'altra parte (art. 1125 79)).

l nostro articolo adunque vuol dire che persone incapaci non può farsi regolar-nte e irrevocabilmente la novazione.

I. — 750. Non pare che possa sorgere una controversia intorno allo effetto del-nullamento pronunziato a richiesta del-capace, cioè che si dichiarasse non av-uto il contratto di novazione, e si ri-ttessero le cose al medesimo stato di na.

Per modo di esempio, se un minore, creditore di 500 franchi, conviene con che in vece di quella somma io gli darò il mio cavallo, gli è certo che se egli chiede lo annullamento della novazione, si annullerà necessariamente tutta insieme la convenzione, e non solo la rimessa del mio debito fattami dal minore. Questi non potrà dirmi: « io ho ecceduto la mia capacità col rinunziare al mio debito antico, che quindi deve conservarsi; ma il novello credito che io era capace di acquistare, deve sussistere, cotalchè io posso pretendere e i 500 franchi e il cavallo ». Un tal risultamento non potrebbe essere ammesso da alcuno. Secondo i termini stessi del nostro articolo, la *novazione* si è fatta irregolarmente, però deve essere annullata, e come se nulla si fosse fatto, io dovrò sempre i 500 franchi e non altro. Infatti, annullandosi la rimessa fattami dall'incapace del mio debito di 500 fr., questo ha sempre esistito; e di conseguenza non si può conservare quello che non doveva esistere che in quanto dovea sostituire il primo.

Viceversa, dovrà decidersi della medesima maniera se il novello debito è stato contratto dal minore cui è stato rimesso il primo. Così il minore si obbliga a consegnarmi quel cavallo invece di 500 franchi ch'egli o qualunque altro mi doveva, e fa con me una novazione; poi ne domanda l' annullamento. Non si annullerà una delle due parti della convenzione, che la novella obbligazione, ma dovrà necessariamente annullarsi il contratto di novazio-

ne, la intera convenzione. Il minore non potrà dire: « Ero incapace di obbligarmi, e quindi è nulla la mia obbligazione di rilasciarvi il cavallo; ma la liberazione mia o del mio amico che io poteva stipulare, è acquistata, e il creditore sebbene non riceva il cavallo, non può pretendere nemmeno i 500 franchi ». Tal pretensione sarebbe, come la prima, contraria al testo del nostro articolo, non che a tutti i principî del dritto e dell' equità. Il creditore non ha consentito che il suo credito si estinguesse puramente e semplicemente, ma in quanto una novella obbligazione lo sostituisce; ma annullata la seconda, la prima non si è estinta.—La novazione non può avvenire che mercè due obbligazioni di cui l'una si estingue e l'altra si forma in vece di quella; ma non essendo mai esistita una delle due obbligazioni, non può avvenire la novazione.

III.—751. Siffatta dottrina, per quanto possa conformarsi alle regole del dritto, della ragione e della giustizia, è rigettata dagli scrittori (1); e sebbene la sentenza di costoro si dimostra, anticipatamente falsa da ciò che abbiamo detto, noi dobbiamo intrattenerci sui principî falsi sù cui si fonda. Imperciocchè siccome fu detto da un giureconsulto, « la scienza del dritto consiste e nel confutare i falsi principî e nel conoscere i veri (Garran, Rep. di Merlin, alla parola *Novazione*).

A questo si riduce il sistema degli scrittori. È dapprima un principio fondamentale cavato dalle regole del digesto dai glossatori che una obbligazione appena estinta non può più rivivere: *obligatio semel extincta non reviviscit.* Del resto per compiersi la novazione basta che la seconda obbligazione che deve sostituire la prima, sia naturale; or quando un incapace fa annullare la obbligazione da lui contratta, questa, che civilmente si annulla, sussiste sempre come debito naturale. Dippiù Giustiniano dichiara (*Instit.*, lib. 3, tit. 29, § 3) che se Tizio si fa promettere da un pupillo non autorizzato, ciò che da altr[illegible] dovuto, l'obbligazione di costui es[illegible] con la novazione, sebbene si an[illegible] obbligazione di quello.

Queste idee, vere nella romana [illegible]zione, son profondamente false d[illegible] l'errore deriva qui, come in molte a[illegible] costanze, dalla facilità con cui si [illegible] rono le tradizioni che furono rotte [illegible] dice. Garran, che non tratta questa [illegible] ne come avremmo desiderato, dice [illegible] molta ragione che tanto difficile se[illegible] la materia della novazione, « perch[illegible] a proposito vi si applicano le leggi [illegible] ne, che qui come in altre circostan[illegible] principî puramente relativi al loro s[illegible] speciale di legislazione (*loc. cit.* [illegible]

752. Non ci fermiamo sul [illegible] un'obbligazione estinta non *può* [illegible] perocchè da una parte noi sostenia[illegible] punto, che, riguardandosi *come* [illegible] esistito il secondo debito perchè ann[illegible] il primo perciò si ha *come non mai* e[illegible] to. Dall'altra parte, quand'anche il d[illegible] si riguardasse come assolutamente es[illegible] e si osservasse la regola della glossa [illegible] me un testo di legge, basterebbe os[illegible] vare che tal regola dichiaravasi appl[illegible] le, salvo qualunque eccezione voluta d[illegible] equità: *obligatio semel extincta non* [illegible] *divivit*, NISI JUXTA CAUSA SUBSIT EX QUA [illegible] TAS SUBVENIAT.

Esaminiamo ora se nel nostro d[illegible] francese possa applicarsi l'idea che [illegible] bligazione annullata per incapacità [illegible] sussistere un'obbligazione naturale ch[illegible] sti ad operare la novazione.

In Roma era molto estesa la classe [illegible] obbligazioni puramente naturali, e cos[illegible] veva essere in una legislazione ordin[illegible] del tutto contro la natura *delle cose.* [illegible] canto alle regole non naturali, org[illegible] della parentela (secondo le *quali il* [illegible] non era parente con *sua madre*, o a[illegible] poteva averla per *sorella*) *il dritto* n[illegible] no aveva pure le sue regole non na[illegible] per la creazione delle obbligazioni; e [illegible]

(1) Toullier (VII, 298, 300 e 302); Delvincourt, Duranton (XII-282); Dalloz (*Obbligaz.*, p. 606, numero 10); Zachariae (II, p. 395).

[q]ue debito non formato secondo queste [spe]ciali regole, per quanto fosse rispetta[bil]e valido per la coscienza e la ragio[ne], non essendo civilmente obbligatorio, [rim]aneva debito naturale. — In tal modo [la] convenzione di cui gli autori fossero [cap]aci, e positive e mature le reciproche [pro]messe, per quanto in fatto e in equità [si] potesse essere profondamente obbli[gat]oria, non partoriva alcun civile effetto, [chi]ando col nome di *patto* naturali obbli[gaz]ioni, quando non era rivestita di que[st]o quella forma richiesta dal *jus civi[le]*. — Da noi, al contrario, la legge ha vo[lut]o mettersi d'accordo coll'indole stessa [del]le cose, e le regole del dritto per quanto [è p]ossibile, non si allontanano dalla ragio[ne]. Per modo di esempio, nel nostro dritto [fra]ncese l'obbligazione convenzionale può [for]marsi da per tutto e sempre col sem[pli]ce consenso, anzichè formarsi soltanto *litteris* o *verbis*, e risultare dal solo [con]senso nei quattro casi eccezionali e pri[vil]egiati; e le mille convenzioni che in Ro[ma] sarebbero state patti privi di qualunque [for]za giuridica, sono per noi veri contratti [pro]duttivi di civile obbligazione. Oggidì [dun]que è tolta via in principio la classe [del]le obbligazioni puramente naturali, e si [con]serva solo per una rara eccezione.

E ciò è chiaro, dacchè da noi tutte le [ob]bligazioni naturali ossia riconosciute dal[l'eq]uità, lo sono anche dal dritto.

Per quanto riguarda la obbligazione de[gl]'incapaci, non bisogna credere che an[nu]llata che ell'è, continui ad essere per [la] legge un'obbligazione naturale. Allorchè [il] nostro legislatore dichiara nulla la pro[me]ssa del minore, dell'incapace, o della [do]nna maritata, egli non crede che la sia [val]ida in equità (perchè se lo fosse, la di[ch]iarerebbe valida in dritto), ma perchè gli [se]mbra che quelli i quali l'han contratto [no]n fossero in quelle condizioni richieste, [aff]inchè ragionevolmente si obbligassero, la dichiara nulla civilmente, presumen[do]la naturalmente nulla.

Che se l'incapace, fatta prima annullare [la] promessa, la esegue poi regolarmente, [o] in altro modo ne riconosce la validità (da se stesso divenuto capace, o per mezzo dei suoi rappresentanti legali), da tale adempimento o da tal confessione sorge la prova che la presunzione del legislatore non poteva applicarsi a quel caso speciale; ma allora soltanto la promessa, civilmente annullata, era rimasta naturalmente obbligatoria. Pertanto, mentre in Roma la promessa civilmente nulla, poteva ben riconoscersi come naturalmente obbligatoria; da noi, all'incontro, la promessa annullata in dritto, lo è parimente in fatto ed in equità fino alla prova contraria, la quale può risultare dallo adempimento o da qualsivoglia altro atto, da cui sorga la manifesta confessione che l'annullata obbligazione sia valida.

Di che segue, che nello spirito della nostra legge francese la promessa che si è fatta annullare dall'incapace, non esiste in equità nè in dritto, e non obbliga nè naturalmente nè civilmente. Dunque la obbligazione che l'incapace mi ha consentito (in luogo o d'un'altra sua obbligazione, o dell'obbligazione di un altro debitore), e poi fa dichiarare nulla, non è mai legalmente esistita civilmente e neanco naturalmente; la condizione delle due obbligazioni di cui la seconda sostituisce la prima, non si è recata in effetto; non si è compita la novazione che si è creduto di fare, e ha continuato la obbligazione primitiva che si è creduto estinguere.

753. Queste osservazioni che rispondono alla pretesa esistenza di un'obbligazione naturale nella promessa annullata dello incapace, bastano altresì contro la autorità della decisione di Giustiniano che è stata allegata nel contrario sistema; ma dobbiamo aggiungere una speciale osservazione, onde meglio far comprendere l'applicabilità delle regole romane alla quistione di cui trattiamo.

In Roma, la novazione potea farsi soltanto colle parole solenni della stipulazione, la quale, come si sa, era uno degli atti più strani e rilevanti da canto al bizzarro formalismo di cui gli ultimi vestigi furono tolti via dal Codice. Le parole regolarmente pronunziate, non avuto al-

con riguardo all' intendimento reale delle parti, erano a guisa di una magica verga il solo ed unico principio da cui generavasi il dritto. Con un positivo consenso, non essendo pronunziate le parole volute, il dritto non esisteva. Per l' opposito, il consenso, fosse anche viziato dall'errore o dalle violenze, essendo state pronunziate le parole, faceva esistere il dritto. Ora, siccome il pupillo, tuttocchè incapace di obbligarsi, aveva il dritto come cittadino Romano di figurare nella stipulazione; così esisteva la novazione, dacchè il creditore ed egli aveano pronunziato le parole richieste per farla. — All'incontro, se le parole si fossero pronunziate da uno schiavo o da uno straniero, sebbene atti a conoscere ciò che si facessero, e con la più perfetta volontà di novare, non poteva compiersi la novazione, perchè nè l'uno nè l'altro aveano il dritto di figurare nel solenne spettacolo della stipulazione. Adunque per la sola onnipotenza della forma, compievasi così la novazione, non ostante che una parte fosse impubere, come si sarebbe parimente compita non ostante la volontà di una parte costretta da violenza o indotta in errore. Or che hanno in comune un siffatto formalismo, e lo spirito del nostro dritto moderno che non bada alle parole ma alle cose, e vuole che ogni convenzione si esegua di buona fede, e tragga seco tutte le conseguenze secondo la equità (art. 1134, 1135 (1088, 1089))?

Dunque la incapacità della parte che si obbliga, produce la nullità non solo della obbligazione siffattamente contratta, ma anche della novazione, cotalchè sussiste sempre l'antico debito; come anche la incapacità della parte che rinunzia al debito antico, fa che si annulli non solo la rinunzia, ma anche il novello debito, facendo venir meno tutto intero il contratto di novazione. Ciò d'altronde risulta dal testo stesso del nostro articolo, secondo il quale la incapacità (la quale può solo essere allegata dall' incapace) fa sì che non si formi la *novazione*.

IV.—754. La novazione è come non avvenuta e fa sussistere la prima obbligazione tanto se la seconda sia annullata per incapacità, quanto se lo sia per errore, violenza o dolo. Qui secondo noi non potrebbe sorgere nemmeno il dubbio, essendo evidente che l'equità non meno che il dritto, non può osservare una promessa risultante dal dolo, dall'errore o dalla violenza. È chiaro in tal caso che la promessa civilmente annullata non esiste come obbligazione naturale, e quindi non essendo mai esistita anche come puramente naturale la seconda che doveva far la novazione con sostituirsi alla prima, non può esservi affatto novazione.

Dippiù Toullier confessa (n. 249) che in tal caso la novazione si ha come non avvenuta, e la prima sussiste sempre. Egli dà un motivo falso, perocchè dice che per effetto del dolo, della violenza o dello errore, la obbligazione è radicalmente nulla e non esiste di pieno dritto, mentre, come di sopra abbiamo visto (art. 1109, 1110, numero II, 1111, 1115, 1116 (1063, 1064, 1065, 1069, 1070)), è quella una semplice causa di annullamento, come la incapacità. Ma benchè falso il *motivo*, la decisione è esatta, e fa *meraviglia che* Zachariae censuri insieme *questa* e *quello*.

Secondo lui estinguesi la prima obbligazione non ostante si annulli la seconda per errore, violenza, dolo; allegandone per motivo, che se il debitore ha contratto la novella obbligazione per errore, violenza o dolo, il creditore non ha rinunziato alla prima per gli stessi motivi; la rinunzia di costui, non essendo viziata come la nuova promessa, deve mantenersi. Così fatta una strana confusione, si rende identica la estinzione mercè la *novazione*, con la estinzione mercè la semplice rimessa di cui parleremo nella seguente sezione. Senza fallo, essendosi estinta l'obbligazione con la semplice e diretta rimessa fattane dal creditore, dovrebbe costui che vorrebbe fare annullare la rimessa, provare che sia viziata e possa annullarsi per questa o quell'altra circostanza. Ma ove si tratti di *novazione*, cioè di una rimessa fatta col far sostituire una seconda alla prima obbligazione, provandosi che la seconda non sia

esistita, la prima non lo sarà nem-
io, dacchè la novazione non ha potuto
tuarsi.

.—755. Esaminiamo ora un ultimo ca-
quello cioè in cui la seconda obbli-
one fosse soggetta ad una condizione
pensiva o risolutiva.

n Roma, essendo condizionale cioè sog-
a ad una condizione sospensiva (1) una
e due obbligazioni, o l'antica o la nuo-
non poteva farsi novazioné; e così do-
essere in una legislazione in cui con
re matematico si era attaccati ai prin-
della scienza giuridica che formava
specie di geometria sacra, per la quale
a valeva la volontà dei contraenti. La
nessa condizionale, dicevasi, non è in
re una obbligazione, ma soltanto la spe-
a d'una obbligazione, *spes est tantum*
itum fore.

Or non può farsi novazione che fra due
ligazioni. Cotesta regola, come insegna
hariae, fu riprodotta da Pothier (nume-
550, 551) e deve seguirsi sotto il Co-
civile. Grave errore.

La promessa condizionale non è una
ligazione perfetta ma imperfetta; aven-
i promesso 500 franchi se ritorni quel
iglio, io sono immediatamente legato in
lche cosa, non ho più tutta intera la
libertà, non potendo fare che il na-
lio non ritorni e che io non debba pa-
vi i 500 franchi. Essendo *legato* in
lche cosa, evvi una certa *obbligazione*,
certo *vinculum*; e l'essere questo le-
ne meno stretto di quell'altro, è forse
ragione perchè io non possa liberar-
ne come di qualunque altro? Se noi con-
iamo che invece di star soggetto alla
bligazione convenzionale di 500 franchi,
lo sarò ad un debito puro e semplice di
fr., per qual motivo o pretesto non si
rebbe render valida una tal convenzio-

Viceversa, se torna utile al mio cre-
re ed a me di sostituire ad una obbli-
ione pura e semplice di 200 franchi una obbligazione condizionale di 500, per-
chè mai la convenzione non dovrebbe avere
il suo effetto? Infine, perchè non si osser-
verebbe parimente la convenzione con la
quale sostituiamo il debito condizionale di
500 franchi al debito parimente condizio-
nale di un cavallo?

Nel nostro dritto francese qualunque con-
venzione lecita e fatta con intendimento di
obbligarsi, è obbligatoria. Però qualunque
condizione di estinguere una con altra ob-
bligazione, avrà tutto il suo vigore, tanto se
fosse condizionale l'una o ciascuna delle
due obbligazioni, quanto se ciascuna di es-
se fosse pura e semplice.

Senza fallo, riconoscendosi che le parti
abbiano voluto sostituire la novella all'an-
tica obbligazione, in quanto si fosse com-
pita la condizione imposta ad una delle
due, si dovrà osservare la loro volontà;
non perchè la novazione non può farsi con
l'obbligazione condizionale, ma perchè le
convenzioni devono da per tutto e sempre
eseguirsi di buona fede come le parti hanno
voluto (art. 1134 (1088)).

In breve qui non vi ha nè può esservi
quistione d'intenzione.

756. La contraria soluzione di Zachariae
ripugnerebbe tanto alle nostre idee francesi,
e tanto è da non ammettersi, che Delvin-
court e Duranton (XII, 296, 300) i quali
ammettono la falsa idea del professore te-
desco, vogliono anzi esser contraddittori ed
assurdi che adottarne la soluzione. Essi di-
cono che la regola romana di non potersi
fare una novazione, essendo condizionale
uno dei debiti, è anche oggi un *principio*
del nostro dritto, ma che si farà *eccezione*
quando le parti avranno così voluto. Così
si giunge al nostro risultamento storcen-
do le cose e con idee contraddittorie; così
si bandisce prima, che il principio roma-
no esiste sempre, e si confessa poi che
più non esiste. Imperocchè, quando si dice
che le parti possono oggi far novazione, non
ostante che uno dei debiti sia condizionale

(1) In fatti qualunque condizione è necessaria-
nte sospensiva, e quella che il Codice dice ri-
lutiva non è altro che una condizione *sospensiva* che versa (al *risolvimento* della obbligazione (ar-
ticolo 1168, n. 1 (1121)).

perchè questo è il loro volere, ciò importa che non è impossibile far la novazione essendovi debiti condizionali, e per conseguenza, che il principio del dritto romano è stato tolto via.

Infatti, come mai il nostro Codice che vuole indagare nelle convenzioni la volontà delle parti, avrebbe potuto adottare un principio che per lo più avrebbe contraddetto quella volontà e snaturata la convenzione? Io convengo con voi di sostituire al mio debito puro e semplice di 200 franchi il debito condizionale di un cavallo che vale 400. Secondo il dritto romano, non vi ha di presente novazione, ma solo se la condizione prevista si avvera e fa che esista perfettamente la seconda obbligazione. Or bene, evvi in ciò insieme menzogna ed iniquità.—Menzogna; imperocchè dir che la novazione non si opera immediatamente, ma se la condizione prevista si compia, importa togliere dalla seconda obbligazione una condizione appostavi, e trasportarla sulla novazione stessa a cui non abbiamo voluto apporla; render puro e semplice ciò che abbiam voluto condizionale, e viceversa; abbiamo inteso sostituir *puramente* quel debito con quell' altro *condizionale*, e la legge romana dichiara che abbiamo sostituito *sotto condizione* quel debito con un altro *puro* e *semplice*; importa mentire in uno due volte alla realtà delle cose per farsi giuoco delle nostre intenzioni e snaturarle! Ed eccovi le inique conseguenze di tal sistema. Rimanendo pura e semplice la novazione come abbiam voluto, estinguesi tosto il mio debito di 200 franchi; e l'obbligazione condizionale che lo sostituisce, se offre la possibilità di farmi pagare un valor doppio avverandosi la condizione, mi dà viceversa la possibilità di nulla pagare, ove la medesima condizione non si avveri; ciò è perfettamente giusto. Al contrario, secondo i principî romani, avverandosi la condizione, vi sarà novazione, ed io pagherò l'oggetto di 400 franchi; non avverandosi quella, la novazione non potrà aver luogo; io sarò tenuto sempre al primo debito e pagherò i 200 franchi, cotalchè potrò pagare il doppio senza speranza di pagar meno!

Or come mai siffatti principî avrebbero potuto essere stanziati dal nostro Codice?

757. È forza adunque riconoscere che la regola romana venuta fuori dalle forme rigorose colle quali compievasi la novazione (forme che operano o non operano secondo le cause nelle quali per nulla entrava la volontà delle parti) è sparita dal nostro dritto insieme colle forme medesime. È forza riconoscere che nel contratto di novazione, come in qualunque altro, le parti son libere di fare pura e semplice la loro convenzione (sebbene sia condizionale una o ciascuna delle due obbligazioni a sostituire) ovvero condizionale (sebbene le due obbligazioni sieno pure e semplici); che va conforme allo spirito del Codice, perchè lo è alla ragione e all'equità, il poter sostituire l'una all'altra delle obbligazioni condizionali, non ripugnandovi affatto che elle imperfettamente esistano; e che infine l'intenzione delle parti intorno a ciò sulla regola che bisogna seguire in tale caso, debbasi qui come sempre determinare dalla loro intenzione, ed ove questa non basti, dalla indicazione che *le circostanze* daranno alla loro volontà.

Delle quali circostanze la più significativa sarà di ordinario il valore comparato degli oggetti delle due obbligazioni. Supponiamo a mò di esempio, aver noi convenuto, senza specificare il nostro pensiero, che invece di rimaner debitore del cavallo che dovrei rilasciarvi entro sei mesi, e che ha presso a poco il valore di 500 fr., io vi dovrò in quel tempo la somma di... se ottengo quel posto: lo ammontare della somma promessa potrà spesso esser per se solo bastevole affinchè si colga la idea non compiutamente espressa dai contraenti; se la somma è di 1,500 fr. per esempio, si comprenderà che le parti han creduto applicare tal condizione alla nuova obbligazione e non già alla novazione, che non si è voluto sostituire *sotto condizione* il debito del cavallo coll'altro *puro e semplice* dei 1,500 fr. Il debitore infatti non avrebbe voluto pagare per ben tre volte il primitivo valore dovuto, se non

se sperato nella possibilità di non pa- nulla. Il pensiero adunque è necessaria- te questo 1° checchè ne segua, il debito cavallo è estinto; 2° invece di questo, ebitore ne contrae altro condizionale ,500 fr, pagherà tal somma se ottie- l posto, e nulla nel caso contrario. se la somma da pagarsi rappresentas- l valore del cavallo, la condizione si irebbe alla stessa novazione, e non nuova obbligazione. Imperocchè il cre- re non ha potuto sottrarsi all'evento non ottener nulla senza la reciproca ibilità di ottenere un vantaggio maggio- In questa seconda ipotesi necessaria- ite segue che ottenuto il posto si pa- ranno 500 fr. invece del cavallo, e nel contrario si dovrà sempre il cavallo.

58. Non vi ha bisogno che si osservi ie la condizione, sia sospensiva o ri- itiva, potrebbe benissimo, volendolo le i, riferirsi in uno alla novazione e alla va obbligazione con cui si forma. In modo possiamo noi convenire che il sente mio debito sarà sostituito da un o, se il tale avvenimento avrà effetto; he la nuova obbligazione sarà soggetta ıltra condizione: per esempio, se quella e ritorni dalle Indie da qui a tre me- io sarò obbligato al secondo e non più primo debito, e per la seconda obbli- ione io dovrò pagarvi la tal somma se serò la tal persona.

'I. — 759. Vedremo adesso quali effetti ducono lo annullamento, e la condi- ie apposta nella prima obbligazione.

a novazione, come si è detto e come vuole il buon senso, richiede per com- i due obbligazioni; nel modo stesso non può estinguersi con la novazione itico debito non contraendosene altro, non potrà esistere il nuovo, non es- dovene un altro da estinguere, o non stendo legalmente quello che vorrebbesi inguere. La seconda obbligazione in tal o sarà stata contratta per una falsa ısa e sarà quindi del tutto nulla (arti- o 1131 (1085)). Annullandosi dunque obbligazione che è stata l'oggetto di novazione, e perchè annullata non essendo mai esistita, la novazione sarà co- me un fatto non avvenuto in dritto, e la seconda obbligazione non esisterà.

760. Sembraci senza difficoltà alcuna questa prima soluzione, ma può essere cosa più difficile il conoscere in quali casi una obbligazione che può annullarsi, rimar- rà tale non ostante la novazione di cui è stata l'oggetto. Essa non lo sarà sempre di certo, perchè spesso colla novazione si rinunzia all'azione di nullità. Così allorchè un incapace, contratta una obbligazione che ei potrebbe far risolvere per la sua qua- lità d'incapace (o assistito dal tutore, o ac- quistato che abbia la sua capacità), vuole trasformare questa viziosa obbligazione in un' altra, che contrae regolarmente, vi è stata certamente rinunzia a far rescindere, ratifica del primo debito, e il debitore so- stituendo una obbligazione da lui ricono- sciuta valida, si è soggettato alla nuova obbligazione. Sarebbe il medesimo, se il debitore avesse contratto la prima obbli- gazione per violenza, e di poi la rinno- vasse di volontà propria. Che se il primo debito erasi contratto per errore o per dolo personale, la novazione conterrà la rinun- zia all'azione di nullità se sarà provato (o dai termini dell'atto, o dalle circostanze) che il debitore al momento della nova- zione avea scoverto l'errore o il dolo. Nel contrario caso l'azione di nullità sussiste- rebbe sempre. In breve, la novazione con- sentita dal debitore supporrà e proverà la rinunzia al dritto di fare annullare, quan- do gli era noto il vizio della obbligazione che novava. Nel caso contrario, l'obbliga- zione potrà sempre esser annullata, e al- lora non è esistito al tempo della nova- zione, e questa sarà nulla.

761. Ma che cosa si deciderà, se la no- vazione dell'obbligo che può annullarsi non si facesse tra il creditore e il debitore, ma tra il primo ed un terzo? Pietro è de- bitore di 500 fr. per una convenzione che può essere annullata o per incapacità, o per errore, violenza o dolo; e Paolo si è obbligato di pagare al creditore i 500 franchi invece di Pietro che per conse- guenza non è più debitore: qual sarà lo

effetto di tal novazione, supposto che Paolo faccia annullarla? La quistione ci sembra delicata; pure ecco le regole che ci pare doversi seguire.

Se al momento della novazione si ignorasse dal terzo il vizio della prima obbligazione, devesi dire (come per la novazione consentita con ignoranza di causa dallo stesso debitore) che non essendo mai esistita la prima obbligazione per effetto dell'annullamento, la novazione è come non avvenuta, e la nuova obbligazione nulla per mancanza di causa. Che se il terzo conoscesse il vizio della prima obbligazione, la novazione così da lui consentita con conoscenza di causa sarebbe ancor nulla in principio, diversamente da quella che avrebbe consentito il debitore nelle stesse condizioni; ma verrà meno tal principio in faccia alle circostanze del fatto. La novazione consentita da un terzo non toglie al debitore il dritto di far annullare il suo debito, il quale in conseguenza tenendosi come non mai esistito, ne seguirà che la novazione non è stata legalmente possibile. Tale è il principio; ma se in fatto è riconosciuto o per espressa dichiarazione delle parti, o per le circostanze, che il terzo ha voluto obbligarsi anche per il caso in cui il primo debito fosse annullato, cosa che potrebbe spesso avvenire (l' obbligazione del terzo potrebbe anche essersi appunto contratta prevedendo e temendo un annullamento che egli crede contrario alla equità), dovrebbe allora dirsi, che annullandosi civilmente quella obbligazione che sebbene viziosa in dritto, fu dal terzo riguardata come perfettamente valida in equità, per la novazione rimarrà sempre come avesse sostituito un nuovo debito civile ad uno civilmente annullato, ma che naturalmente esiste agli occhi dei contraenti.

762. Se dopo l' annullamento del primo debito, il debitore o un terzo che di quello ha avuto conoscenza fa la novazione, non potrebbe sorgere dubbio. Sarebbe evidentissimo allora che si è inteso novarlo, non come obbligazione civile (perchè come tale è già annullato) bensì come obbligazione naturale; e per conseguenza, la novazione produrrebbe tutti i suoi effetti. Si applicherebbero le soprariferite distinzioni, se dopo l'annullamento la novazione fosse consentita da un terzo che ne sia ignaro, come se la novazione fosse fatta prima.

Finalmente per quel che riguarda l'essere condizionale il primo debito, dovranno applicarsi le regole analoghe a quelle del precedente numero: cioè secondo la intenzione delle parti, che si valuterà secondo le circostanze, ove manchi una espressa dichiarazione, sarà deciso *se la* condizione sospensiva o risolutiva, apposta alla prima obbligazione, debba o pur no riferirsi alla seconda.

VII. — **763.** Spiegando questo articolo abbiam parlato solo delle obbligazioni che possono annullarsi, e non di quelle radicalmente nulle, cioè, inesistenti di pieno dritto. Non può esservi per queste alcuna difficoltà: non può esservi novazione, essendo nulla radicalmente, *non esistendo* assolutamente l'obbligazione *alla quale* voleva sostituirsene una nuova, o quella che volevasi sostituire all'antica. La novazione che è il sostituire una obbligazione ad un' altra, richede due obbligazioni, e se basta che una o ciascuna di esse obbligazioni abbia una esistenza viziosa (per incapacità o altro), o puramente naturale (come obbligazione già annullata, ma riconosciuta valida in equità), o semplicemente condizionale, bisogna in ogni modo che abbia una esistenza qualunque. Se l' una dunque delle obbligazioni sussisteva in apparenza e non in realtà, se tale obbligazione, a modo di esempio, era stata contratta con persona priva di senno, ovvero contro ai buoni costumi, la novazione non avrebbe effetto. In ciò tutti sono unanimi.

1273 (1227). — La novazione non si presume: conviene che risulti chiaramente dall'atto la volontà di effettuarla.*

SOMMARIO

I. I tribunali non possono riconoscere la novazione che quando ella risulti evidente.
II. Esempi di novazione col semplice cangiamento del debito. Quando avviene? Diversi errori di Duranton.
III. Applicazione del principio alla novazione per mutamento di debitori, che forma ora una expromissione, ora una delegazione.
IV. Applicazione alla novazione per cangiamento di creditori.
V. Quando falsamente si è riconosciuta dai tribunali una novazione, si può ricorrere alla cassazione. Contraria opinione di Duranton rigettata dalla Corte Suprema.

I. — 764. Le tre primitive maniere di novazione possono poi combinarsi e concorrere in modo che si formi di loro una quarta ed una quinta classe, che può avvenire, ma non è affatto necessario distinguere. La novazione infatti avviene 1° cangiandosi il debito (restando i medesimi il creditore e il debitore); 2° cangiandosi il debitore, e 3° cangiandosi il creditore. Ora in tutti i casi e in qualunque modo si formi, la novazione dev'essere riconosciuta ove la intenzione di farla risulti chiaramente dichiarata, ovvero manifestata dalle circostanze. La quale intenzione deve chiaramente risultare o dagli stessi termini delle parti, o dalle circostanze. Non bisognerebbe credere che il nostro articolo parlando di un *atto* abbia voluto pretendere una scrittura dai termini della quale riesca evidente la novazione. L'atto è la convenzione che fanno le parti, *quod actum est.* Ma in qualunque modo si manifesti la volontà, la dev'essere abbastanza chiara. Infatti con ciascuna delle tre specie di novazione esistono convenzioni che presentano qualche analogia, e spesso si incorrerebbe in errore e si darebbe alla volontà delle parti un effetto maggiore di quello che abbiano voluto, se troppo facilmente si ammettesse la novazione.

II. — 765. Allorchè fra noi si conviene che voi pagherete in un anno soltanto i 5,000 franchi che dovevate pagarmi a mia volontà, non bisognerebbe da ciò inferire una novazione, e che non essendo più lo stesso debito (dacchè ora è a termine, mentre prima era puro e semplice) le garenzie del primo non proteggeranno l'altro: si andrebbe troppo in là, e si *presumerebbe* la novazione mentre ella deve *provarsi.* Puossi anche aggiungere un termine ad una obbligazione lasciandola sussistere tal quale era. — Parimente, se si conviene che un credito chirografario mi si dovrà da voi con ipoteca, non si sostituisce con ciò un debito ad un altro, ma si aggiunge solo ad un debito un nuovo accessorio; e se il debito era inoltre garentito da una fideiussione, questa sussisterà.

Ma si sostituirà uno ad altro debito se pei 5,000 franchi che siete tenuto pagarmi a quel tempo voi mi costituite una rendita perpetua di 250 franchi. Ciò era molto controverso nell'antico dritto, e secondo il più degli scrittori e delle decisioni sussisteva sempre in questo caso il medesimo debito; ma bisogna rigettare tale errore come fanno Toullier (n. 288) e Duranton (n. 288) e Pothier medesimo (n. 559, articolo 4, § 3). Infatti non è evidente che così il debito muterebbe natura trasformandosi quello di una somma esigibile in debito di una *rendita.* La rendita è il dritto di ricevere le annualità o durante

* Per determinare la volontà che ebbero le parti di novare, si può ammettere qualunque mezzo di pruova, niuno escluso, provegnente da documenti privati e pubblici, precedenti, concomitanti e susseguenti, da equipollenti, da presunzioni, da congetture gravi, precise e concordanti. C. S. di Napoli, 16 giugno 1846.

La novazione debbe risultare chiaramente dall'atto: e come esame di fatto, non è censurabile la decisione che la esclude. C. S. di Napoli, 5 novembre 1850.

la vita di una persona o in perpetuo, senza che si possa mai domandare il capitale; quindi essa non è un capitale. Senza fallo, la rendita può costituirsi col pagamento di un capitale, come si acquista una casa; ma la rendita non è più il capitale, come la cosa non è la somma pagata per acquistarla. Or la rendita e il capitale essendo due cose distinte, ne segue che i due debiti non hanno il *medesimo oggetto*; dunque essi differenziano grandemente l'uno dall'altro. Quindi evvi novazione quando si trasforma un capitale dovuto in una rendita, e di conseguenza estinguesi il primo debito con tutti i suoi accessori.

766. Questa decisione intorno a cui oggidì non è controversia, ci sembra incontrastabile, ma non bisogna dire come fa Duranton, che in tal caso il creditore si stima abbia ricevuto dal debitore la somma dovuta e poi gliela abbia rimessa, e che queste due tradizioni, soppresse realmente *celeritatis causa,* hanno estinto, l'una, la prima obbligazione, e l'altra, la causa della seconda. Se fosse così, sarebbe pagato il primo debito, secondo dice il dotto professore. Or gli è uno strano ragionamento il dire che il debito si è estinto per *pagamento* onde provare che si è estinto per *novazione!* In questo, come in tutti i casi di novazione, il primo debito estinguesi sostituendosi il secondo (e non già con un pagamento fittizio), e il secondo ha per causa lo estinguersi del primo (e non già un pagamento fittizio del creditore al debitore della somma che fittiziamente si fosse pagata al creditore).

Se fosse vero che ogni novazione contiene fittiziamente e legalmente l'adempimento della prima obbligazione; se ciò, come dice Duranton, era il *carattere distintivo* ed ESSENZIALE *della convenzione*, la novazione non dovrebbe tenersi come un modo di estinzione, dacchè in tutti i casi il debito sarebbe estinto col *pagamento*. Allorquando avete voluto prendere il mio podere in luogo dei 60,000 fr. di cui ero debitore verso di voi (o riteneva essere) e abbiam così fatto quella specie di novazione che dicesi *dazione* in *pagamento*, si stimerà che voi abbiate ricevuto da me i 60,000 franchi onde pagare il mio debito, ed avermeli poi rimesso come prezzo del mio podere, che si stimerà avervi venduto: quindi nella dazione in pagamento si riterrà che si fosse *pagato* il debito e *venduta* la casa. Ma non è così, e il medesimo Duranton (n. 81, § 1) ha detto secondo Pothier, che non bisogna paragonare la dazione in pagamento alla vendita, che il debitore farebbe al suo creditore, anche senza che da una parte e dall'altra si sia pagato danaro, e con istabilirsi che il prezzo della vendita *fosse il pagamento* della somma dovuta. Duranton (par. 5, e 6) insegna bene a ragione che nel caso di vendita, ove non esiste il debito che mal si era supposto, il debitore il quale ha venduto la cosa, potrebbe ridomandare soltanto il danaro, e che nel caso di dazione in pagamento, egli rivendicherebbe la cosa medesima.

In vero, se con un pagamento (anche fittizio e senza l'effettiva tradizione di danaro) ho estinto il mio preteso debito di 60,000 franchi e poi vi vendo il mio podere per una egual somma, *la* vendita certamente non ha alcun vizio, e *si sono* indebitamente pagati i 60,000 franchi. Ma se invece ho fatto una dazione in pagamento, il mio preteso debito di 60,000 franchi si è estinto sostituendo il novello debito del podere, che tosto ho estinto con la consegna dell'immobile; or non essendo mai esistito il primo debito dei 60,000 fr., nemmeno è esistito il secondo che doveva formarsi per sostituir quello; di conseguenza io posso ridomandare il podere che indebitamente vi ho rilasciato onde estinguere il secondo debito.

767. Se poi siavi stato *pagamento* del debito di somma determinata, e *vendita* della cosa, ovvero *dazione* della cosa *in pagamento* (cioè novazione col *sostituire* il debito della cosa a quella della somma, e poi immediato adempimento del debito della cosa), è questa una questione di intenzione da risolversi coi medesimi termini della convenzione, ovvero colle circostanze, ove manchi una espressa dichiarazio-

e ; ed è naturale che si ammetta con uiacio (Observat., l. 19, cap. 38) che fosse bastanza provato l'intendimento di ven- re, quando la cosa si è consegnata ercè una stima. Perchè mai si sareb- stimata la cosa, se non si fosse vo- lto venderla per un prezzo che sarebbe il gamento della cosa dovuta, ma invece rla come oggetto diretto di una novella bligazione sostituita al debito della som- a determinata? Del resto, essendovi as- luto dubbio, e non una circostanza da i possa risultare l'intendimento delle parti, dirà esservi stata vendita, dacchè se- ndo il nostro articolo non può ammet- si novazione se non quando è chiara.

768. Da ultimo, riguardo alla novazio- che avviene col solo cangiarsi il debito nanendo i medesimi il creditore e il bitore) esaminiamo un punto molto con- verso, sebbene per noi semplice, cioè vi sia novazione quando un creditore, quale per sicurezza del suo credito ha alche speciale garenzia, accetti soltanto biglietti sottoscritti in pagamento del bito. Per modo di esempio, se un ven- re non pagato, il quale ha un credito vilegiato (art. 2102-4 e 2103-1 (1971- M, 1972 M)) e può far risolvere la ven- onde rivendicare la cosa venduta (ar- lo 1184 e 1654 (1137 e 1500)) ac- ta dal compratore biglietti per il prez- dovuto, e gliene fa una implicita quie- za, o se si vuol supporre una formale prezzo, mercè di essa avviene la novazio- il credito per cui potevasi agire colla lità di venditore è estinto e sostituito un novello credito, per modo che il cre- re non potrebbe più esercitare il pri- gio degli art. 2102 e 2103 (1971 e 12 MM), nè chiedere che il contratto si lvesse. Se il venditore che accetta i biglietti e ne fa quittanza, si è spiegato in questo o quel modo, la cosa andrà piana; se egli ha dichiarato di riserbarsi i suoi dritti di venditore, e liberare il compra- tore quando si sarebbero pagati i bi- glietti, non vi è novazione; e se vice- versa egli ha formalmente abbandonato questi dritti, esiste la novazione. Ma se nulla ha detto, se non ha espressamente nè abbandonato nè riserbato, cosicchè la intenzione sia *dubbia*, che dovrà decidersi?

Alcuni scrittori, e specialmente Duranton (XII, 287) positivamente insegnano esservi in tal caso novazione. Cotesto è grave er- rore. Imperocchè la quietanza, per ipotesi, non contiene esplicitamente nè riserba nè abbandono dei dritti del venditore: poichè può nascere il *dubbio*, la novazione non è *chiaramente stabilita*. Secondo il nostro articolo non esiste allora novazione, la quale non può mai presumersi; e ove man- chi una formale dichiarazione, fa mestieri che risulti dalle circostanze. Or come può dirsi di essere non *probabile* (e sarebbe molto) ma *certo* che il venditore rinunzî, senza dirlo, alle sue più preziose garen- zie, lieto soltanto dei biglietti a lui dati? Per lo incontro è semplicissimo il riconosce- re, che il venditore abbia voluto soltanto ac- cettare i biglietti, come un modo di paga- mento del debito che egli voleva conser- vare con la maggiore possibile energia, e non inteso liberare il suo creditore, che quando si sono pagati i biglietti.

Questo vero vien consacrato da una co- stante giurisprudenza, sebbene Duranton asserisca il contrario (1).

III. — 769. Possono egualmente insor- gere dubbî intorno alla novazione che av- viene col cangiarsi del debitore. In fatti, quan- do un'altra persona, o per proprio suo moto, o presentatami dal mio debitore, si obbli-

) Cassaz., 19 ott. 1811; Poitiers, 28 gennaro ; Rig. (sopra decisione conforme di Metz), 28 no 1823; Rouen, 4 gennaro 1825; Parigi, 18 o 1825; Rig., 15 luglio 1825; Nancy, 4 gen- 1827; Aix, 24 aprile 1827; Parigi, 20 giugno ; Limoges, 4 febbr. 1835; Amiens, 1° settem- 1838; Tolosa, 22 febbr. 1840; Cassaz., 22 lu- 1841; Orléans, 6 sett. 1842; Parigi, 23 gen- , 13 nov. e 18 nov. 1841; Caen, 3 gen. 1849; Parigi, 13 giugno 1850 (Devill., 31, 2, 58; 35, 2, 222; 39, 2, 237; 40, 2, 126; 41, 1, 473; 42, 2, 591; J. du P., 1850, t. 2, p. 112-116). — Fa me- raviglia che Duranton creda che la sua decisione sia sorretta dalla giurisprudenza, e che citando una sola delle molte decisioni, quella della Corte suprema dei 22 giugno 1841, la noti come confor- me alla sua dottrina, mentre stabiliva il contrario, cassando una decisione profferita in quel senso!!!

ghi a pagarmi il credito, può senza dubbio avvenire che io riceva il novello debitore *invece* dello antico, e così liberi costui per novazione; ma può anche avvenire che voglia averlo per obbligato *insieme* con l'antico debitore. Anche qui, secondo il nostro articolo, il dubbio se si sia voluto fare una novazione trarrebbe la non esistenza di essa, dovendosi chiaramente stabilire.

Quando il novello debitore sostituito all' antico viene obbligandosi da se, dicesi esservi *expromissione*. Quando invece il nuovo debitore vien presentato al creditore dall'antico, concorra con l'antico o lo sostituisca, dicesi esservi *delegazione* (art. 1275 (1220)), la quale è imperfetta, essendovi il semplice concorso dei due debitori, è perfetta, sostituendosi l'uno all'altro, ossia colla novazione. Di che sorge che la novazione per mutamento di debitore avviene o per la expromissione, o per la delegazione perfetta.

Del resto, mentre la novazione per expromissione, cioè per la sostituzione di un novello debitore, che si è profferto da se, al pari che la novazione per semplice cangiamento di debito, e per cangiamento di creditore, dev' essere ammessa quando chiaramente risulti dall' atto compiutosi fra le parti; perchè si compia la novazione per delegazione, è necessario che il creditore abbia manifestato non solo chiaramente, ma *espressamente* la volontà di avere per solo debitore il novello obbligato (art. 1975 (1847)).

IV.—770. Finalmente il mutamento del creditore potrebbe altresì offrire un caso di cessione, ovvero di pagamento con surrogazione. Dippiù l'art. 1271-3° (1225-3°) vuole, perchè vi sia luogo a novazione, che, sostituendosi un novello creditore all'antico, il debitore si obblighi di nuovo.

Quando il debitore non avrà concorso al mutamento del creditore, non v'è nuovo impegno di lui, e quindi novazione, ma sì una cessione dello stesso credito a un novello creditore, ovvero estinzione del credito col pagamento fattone da quello che sostituiscesi al primitivo creditore. In tal caso, restando il debitore in disparte, non vi è dubbio, dacchè la novazione non può affatto avvenire. Ma quando il debitore interviene e consente all'atto, può sorgere il dubbio se egli abbia soltanto voluto riconoscersi tenuto al medesimo debito verso il novello creditore, ovvero costituirsi novello debitore di un debito simile, ma distinto.

I termini della convenzione spesso potranno dar luce intorno a questa alternativa. Se, per modo di esempio, si dice che il debitore è liberato del debito di 600 franchi verso di Pietro mercè un *novello debito* di somma esatta che contrae con Paolo, evvi certamente novazione, e non esistono più per Paolo le garenzie che potevano esistere in favore di Pietro. Ma non sempre sarà espresso chiaramente ciò che si vorrà fare, e nel dubbio si seguirà la regola del nostro articolo, cioè che la novazione non si presume, e i tribunali nel dubbio dovranno dichiarare che non esista.

V.—771. Il conoscere se un atto, e le circostanze di fatto che lo accompagnano, manifestino chiara la volontà di novare, sembra a primo aspetto *quistione d'intenzione*, valutazione di fatto, per cui sarebbero sovrane le Corti di appello, e non potrebbe mai ricorrersi alla Corte Suprema. È questa la dottrina di Duranton (XII-284) e di una decisione della camera delle richieste dei 19 giugno 1832.

Ma ove ben si ponga mente, dobbiamo seguire una idea diversa.

Da una parte, il nostro articolo pone come regola di dritto, che la novazione deve riconoscersi quando risulti chiaramente dall'atto, e vieta di ammettersi quella che non sorgerebbe chiara; d'altra parte l'art. 1271 (1225), determina le condizioni legali per cui può recarsi in atto la novazione. Di che segue, che una decisione la quale avrà riconosciuta la novazione in un caso in cui non evidentemente esistesse una almeno delle tre condizioni dell'art. 1271 (1225), avrà contraffatto alla legge, e violato gli art. 1271 e 1273 (1225 e 1227).

Ciò vien deciso dalla sopraccitata decisione di *cassazione* dei 22 giugno 1841:

...tesochè, si dice, se appartiene alle ...i reali stanziare sovranamente intor...alle circostanze di fatto che possono ...conoscere l'intendimento delle parti, e ...pretare il senso della lettera delle con...ioni, appartiene alla Corte suprema il ...icare se le decisioni abbiano applicato ...sposizioni di legge le quali dichiarano ...rattere degli atti o determinano le ...izioni per le quali esso si deve rico...re: attesochè la volontà di far la ...ione deve risultar chiara dall'atto; che ... 1271 (1225) enumera le condizioni ... della novazione; che quindi i giu...debbono non solo aver dichiarato che ...lontà di operare la novazione chiara... esista, ma come ella si è effettuata, ... riesce evidente dall'atto, che la con...e delle parti o la natura della obbli...ne sieno state mutate in uno dei tre modi indicati dalla legge; che stando così le cose, la Corte suprema ha il dritto e il dovere di confrontar le dichiarazioni del giudice con le disposizioni dello art. 1271 (1225): attesochè nella specie... ANNULLA ».

La camera delle richieste, la quale nel 1841 ammettendo il ricorso aveva abbandonato le sue idee contrarie del 1832, ha consacrato la nostra dottrina il 19 agosto 1844, pronunziando il rigetto non, come nel 1832, perchè le interpetrazioni di volontà, in questa come in altra qualunque materia, eran sottratte alla censura della Corte, ma al contrario perchè: « La Corte reale aveva consacrato il principio che la novazione debba risultar chiara dalla convenzione, e la volontà delle parti s'era ben manifestata in una delle tre maniere onde legalmente può costituirsi la novazione (1) ».

...14 (1220). — La novazione che si fa ...ostituire un nuovo debitore, può effettuarsi senza il consenso del primo.

...2. Un terzo, poichè può estinguere la ...razione del debitore con la diretta e...one, col pagamento fatto alla insa...del debitore (art. 1236 (1189)), po...resì estinguerla a sua insaputa mercè ...razione, essendo in ambi i casi eguale ...iltamento per il debitore. Ma al con... è ben ragionevole, come abbiamo ve... che la novazione che può farsi come il pagamento, senza il consenso del debitore, non possa mai effettuirsi al pari del pagamento, senza il consenso del creditore (articolo 1243 (1196)); dappoichè la novazione è una convenzione fatta con quest'ultimo.

La novazione fatta per mezzo di un nuovo debitore senza il consenso dell'antico, si è chiamata *expromissione*.

...15 (1229). — La *delegazione*, colla ... un debitore assegna al creditore un ... debitore che si obblighi verso di ..., non produce novazione, se il creditore non abbia espressamente dichiarato la sua volontà di liberare il debitore che ha fatto la delegazione.*

...Devill., 45, 2, 40. — Le due camere della ...suprema, come ben si scorge, son d'accordo ... a ciò, e Duranton incorre anche qui in ... errore, presentando nella sua ultima edi...a decisione del 1832, come espressione della ...rudenza presente della Corte.
...ssime della C. S. di Napoli.
...hi accetta una delegazione per facile esa... ed intanto escarcera il debitore, non si ...e che abbia voluto novare al giudicato, e ... può farlo nuovamente incarcerare. 2 mag...20.
... e il creditore non è stato diligente a de...e al terzo la delegazione, non può imputare al suo debitore il ritardo nel pagamento. 16 marzo 1824.
— La delegazione per facile esazione fa sì che la somma delegata non sia suscettiva di sequestro. 22 febbr. 1840.
— La delegazione a pro di un terzo rimane estinta, se tra il delegante e il delegatario sia novato il contratto prima che il terzo abbia accettata la delegazione. 28 nov. 1844.
— La delegazione di pagamento è efficace, non ostante che il creditore delegatario non sia intervenuto nello strumento. — La delegazione produce ancora l' obbligazione personale, oltre la ipotecaria. 2 dic. 1845.

773. Si è da noi detto nell' art. 1273 (1227) che chiamasi dal Codice delegazione ogni atto con cui il debitore dà al suo creditore un nuovo debitore, sia che il creditore abbia questo ultimo come il solo obbligato invece dell' antico , o solo come coobbligato, non isvincolandosi il primo ; in modo che oggi si distinguono la delegazione che reca novazione , e quella che non ne reca.

In Roma e nel nostro antico dritto la parola *delegazione* esprimeva solo il caso in cui havvi novazione, in cui l'antico debitore ne dà un altro in sua vece (Pothier, n. 564); ma è quistione di parole.

Abbiamo anco fatto conoscere che per una novazione con delegazione non fa di bisogno, come negli altri casi, che la evidente volontà delle parti sia manifesta con una clausola qualunque,bastando che il creditore si contenti del nuovo debitore. Si è di certo pensato doversi temere, più in questo che negli altri casi, che i giudici fossero corrivi a riconoscere l'intenzione di novare; per cui la legge si è contentata in questo caso della regola generale dell'articolo 1273 (1227).

Non importa che colui il quale si obbliga invece del primo debitore, cioè *il delegato*, fosse o no il debitore di quello (il *delegante*) purchè si obblighi in faccia al creditore. Solo quando il delegato dovea anche al delegante quel che ha promesso al creditore, la delegazione (ed è questo singolare) reca in atto due novazioni insieme, o per dir megliò una che estingua due debiti, l'uno cangiando il debitore, e l'altro cangiando il creditore. E si è da noi visto (art. 1271 (1225) *in fine*) che quel che si è detto per due obbligazioni, può effettuarsi per molte.

774. Anche allora che il delegato si fosse obbligato perchè reputavasi debitore del delegante, e si sarebbe di poi riconosciuto non esistere il preteso credito , la novazione, come anco l'obbligazione del delegato, esisterebbe sempre, giacchè l'*obbligazione* contratta da colui ebbe per *causa*, non l'esistenza del suo preteso *debito verso* il delegante, ma l'estinzione *del debito* di costui verso il creditore (articolo 1108, n. 5 (1062)). Quel che vien meno in tal caso è forse stato il motivo, ma non la causa del contratto; or solo per mancanza di causa la obbligazione è nulla.

È evidentissimo che il delegato diventi allora creditore del delegante per la somma di cui egli l'ha liberato, e per la quale ha in tal modo fatto il suo negozio.

Se l'obbligazione del delegante verso il creditore non esiste, la novazione sarebbe come non avvenuta, e l'obbligazione contratta dal delegato sarebbe nulla per mancanza di causa.

1276 (1230).—Il creditore che ha liberato il debitore da cui fu fatta la delegazione, non ha regresso contro di lui , se il delegato diviene insolvibile ; purchè l'atto non ne contenga una espressa riserva, o che il delegato non fosse di già apertamente fallito, o prossimo a fallire nel momento della delegazione.

775. L'insolventezza del debitore, accettato espressamente come tale dal creditore invece del primo, non dà alcuna azione in vantaggio del creditore contro il primo debitore : essendosi da lui accettato un nuovo debito invece dell' antico; il nuovo valga quel che valga , è fatto suo. Tale è il principio; ma si farà eccezione se il creditore ebbe cura di stipulare tale azione, dovendo la convenzione avere qui effetto come sempre. Havvi anche un secondo caso in cui la legge per gravissime circostanze accorda l'azione al creditore che non l'ha stipulato; cioè quando il delegato al tempo della delegazione era fallito o decotto. Il creditore non si è in tal caso riserbata la sua azione perché ignaro dello stato del delegato, ed è perciò che la legge

— Se il debitore riceve quietanza per la sua obbligazione, e si obbliga estinguere la primitiva obbligazione di colui che quieta, si ha una novazione, e non semplice delegazione. 3 ag. 1852.

ge gliela accorda di pieno dritto.

Del resto, o vi sia una convenzione intorno a ciò, o fallimento o decozione, l'azione del creditore non deve confondersi con la nullità della novazione. Il creditore potrà chiedere all' antico suo debitore un ristoro per il danno cagionatogli dallo inadempimento della obbligazione del delegato, di cui egli deve rispondere o per la stessa convenzione o per la legge; ma il creditore non troverà il suo antico credito con gli accessori che potevano garentirlo; esso resta estinto, e la novazione sussiste; e si ha un' azione di ristoro perchè l'antico credito si estingue.

Ma tal nullità della novazione non risultante da una semplice convenzione di azione, potrebbe benissimo risultare da una convenzione *ad hoc* per cui la novazione sarebbe condizionale. Il creditore, in vece di stipulare soltanto che nel caso d'insolventezza del delegato potrà egli agire contro il delegante, può benissimo far che la novazione sia soggetta alla condizione sospensiva della solventezza del delegato, o a quella risolutiva della insolventezza di lui.

1277 (1231).—La semplice indicazione fatta dal debitore, di una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione.

Lo stesso ha luogo per la semplice indicazione fatta dal creditore, di una persona che debba per lui ricevere.

776. Indicandosi da un creditore o da un debitore, un mandatario che riceva o paghi in sua vece e nome, non mutasi il debitore o il creditore, nè si fa novazione.

Del resto, il nostro articolo (se mai avesse qualunque utilità) non sarebbe qui ben posto, essendosi dovuto collocare innanzi lo articolo 1276 (1230); imperocchè esso al pari che gli art. 1271-1275 (1225-1229) si riferisce alla quistione del quando e come si formi la novazione, mentre il precedente al pari che gl'articoli 1278-1281 (1231-1235) tratta degli effetti della novazione.

Togliere cotesta disposizione sarebbe stato il meglio. Il senso non si sarebbe mutato; e la sezione avrebbe presentato con metodo, nella prima parte, gli elementi onde si genera la novazione, e nella seconda, gli effetti che ella produce.

1278 (1232). —I privilegi e le ipoteche dell'antico credito non passano in quello che gli è sostituito, quando il creditore non ne abbia fatto espressa riserva.

1279 (1233).—Quando la novazione si effettua colla sostituzione di un nuovo debitore, i privilegi e le ipoteche primitive del credito non possono passare su i beni del nuovo debitore.

SOMMARIO

I. La novazione estingue il debito con tutti i suoi accessori.

II. Ma la legge per eccezione consente che si trasportino sul novello credito i privilegi e le ipoteche dell'antico, quando il debitore è lo stesso.

L'antica ipoteca non può essere efficace che per il minore dei due debiti.

III. La riserva dell'antica ipoteca, essendosi fatta la novazione con un nuovo debitore, è efficace col concorso del debitore proprietario dei beni ipotecati. Confutazione della dottrina contraria di Toullier, Duranton e Zachariae. Osservazioni intorno la dottrina di Demante.

I. — 777. Ormai ci è noto lo effetto della novazione di cui si occupano questi e i seguenti articoli fino al termine della sezione, cioè che si estingue l'obbligazione, co-

me se vi fosse stato pagamento; e le regole dettate qui sono conseguenze di tal principio ovvero eccezioni.

Per la novazione l'obbligazione adunque si estingue. Se il debito è in solido, tutti i condebitori son liberati, sia che la novazione siesi fatta (cioè la novella obbligazione siesi contratta) da parecchi di loro, o veramente da un solo o da un terzo (art. 1281, § 1 (1235)). Se il debito fosse garentito da fideiussori, questi son liberati insieme col debitore principale (*ibid.*, § 2) da chiunque siesi fatta la novazione, anche da uno dei fideiussori, purchè si riferisca al debito e non già alla fideiussione, avvegnachè se si fosse voluto novare la obbligazione accessoria, sussisterebbe sempre la principale, e sarebbe anche da esaminare, se siasi voluto estinguere l'obbligo di tutti i fideiussori, ovvero soltanto di quello, per esempio, che ha fatto la novazione. Se infine il debito è privilegiato o ipotecario, verranno meno per effetto della novazione insieme col debito i privilegi o le ipoteche che lo garentiscono.

II. — 778. Pure l'art. 1278 (1232) fa una rilevante eccezione a quest'ultima regola, e quindi ai principî generali. Riproducendo qui una regola del nostro antico dritto e del dritto romano (Pothier, numero 363, articolo 5) permette che le parti trasportino sul nuovo debito i privilegi o le ipoteche dell'antico, purchè sia espressa intorno a ciò la riserba del creditore. Essendosi fra noi convenuto nel 1840 che invece di un capitale di 30,000 franchi dovutomi da voi con ipoteca fin dal 1835, voi mi dovrete una rendita perpetua al 5 per 100, di 1,500 franchi, la quale sarà garentita dalla ipoteca del credito precedente; tale stipulazione, per quanto si allontani dal dritto comune, sarà efficace se formalmente espressa; ed essendo la mia rendita costituita nel 1840, protetta da una ipoteca del 1835, io sarò anteposto ai vostri creditori ipotecari del 1836 e degli altri anni intermedî. I creditori intermedî fra i due tempi non possono riguardare come iniquo per loro tal risultamento; che importa loro che l'ipoteca primeggiante si applichi a questo anzichè all'altro debito.

Ma essa non avrà maggiore effetto, n maggiore estensione per il secondo debito. Infatti, se il novello debito fosse maggiore dell'antico, se, per esempio, un debito condizionale di 50,000 fr. fosse sostituito ad uno puro e semplice di 30,000, l'ipoteca del novello debito non potrebbe conservare il grado del 1835 che fino a 30,000 franchi, e per il dippiù si potrebbe soltanto costituire una novella ipoteca che prenda il grado dal giorno della sua data, secondo le regole ordinarie.

Se l'antico debito fosse maggiore del nuovo, l'ipoteca sarebbe conservata per lo ammontare del novello debito, avvegnachè l'ipoteca non possa mai estendersi oltre il credito che garentisce, *nè l'accessorio esistere finito il principale*.

779. Se il Codice ha permesso, come faceva il nostro antico dritto, che si conservi alla sua data antica il privilegio e l'ipoteca che garentisce il novello debito, quando il debitore è il medesimo nelle due obbligazioni, non si poteva di certo permettere che un nuovo debitore consentisse sopra i suoi beni una ipoteca che risalisse alla data di quella esistente sopra i beni del precedente debitore; perocchè, a prescindere che sarebbe troppo strano il derogare fino a tal segno al principio com[une], sarebbesi iniquamente schiusa una lar[ga] via alla frode, col permettere che un debitore annullasse a suo piacere i dritti de' suoi creditori ipotecari. Dippiù l'art. 12[79] (1223) dichiara che non possono trasportarsi gli antichi privilegi e le ipoteche sopra i beni di un novello debitore, il qu[ale] può soltanto consentire una ipoteca or[di]naria che prenda grado dalla data d[ella] sua iscrizione.

III. — 780. Ma l'ipoteca del primo [de]bito, se non può trasportarsi col suo gr[ado] primitivo sopra i beni del nuovo debit[ore], può almeno in tal caso mantenersi [sopra] i beni dell'antico, per la sola volon[tà del] creditore e del novello debitore, sen[za il] consenso dell'antico? Toullier (XII, nume-ro 312); Duranton (XII, n. 311); e Zac[cha]riae (II, p. 307) rispondono del sì, avv[...]

gnachè l'art. 1278 (1232) faccia risultare l trasferimento delle antiche ipoteche in vantaggio del nuovo credito dalla semplice riserba che dichiara farne il creditore, la quale può esser fatta o col concorso del primo debitore, o senza. — Secondo noi questo è un errore che sarà rigettato da quanti investigano, non ciò che il Codice avrebbe dovuto fare, ma ciò che ha voluto fare ed ha fatto.

Senza fallo, l'art. 1278 (1232) vuole una riserba fatta dal creditore, ma che sia accettata dal debitore, di modo che vi sia convenzione fra le parti. Se il debitore, senza il suo consenso, può vedere effettuarsi una novazione che del tutto lo liberi (articolo 1274 (1228)), non perciò di certo egli, anche senza il suo consenso, può vedere ipotecati i suoi beni per l'altrui debito. E i compilatori non dissero nell'articolo 1278 (1232) che la riserba doveva esser fatta col debitore, perchè quell'articolo era scritto nell'ipotesi di una novazione fatta collo stesso debitore, occupandosi il seguente articolo della novazione fatta con un novello debitore. Di che è prova la esposizione dei motivi al Corpo legislativo, in cui dichiara il commissario che « affinchè secondo questo articolo si trasferisca l'antica ipoteca, è necessario che *il debitore* RESTI IL MEDESIMO (Fenet, XIII, p. 277). Dunque, siccome l'art. 1279 (1233) parla della novazione fatta con un novello debitore, così l'art. 1278 (1232) parla di quella fatta con l'antico, e quindi di una riserba necessariamente accettata da lui, avvegnachè con lui si faccia la convenzione. Così *il testo* dell'art. 1278 (1232) che si presta da prima al sistema da noi combattuto, e sembra permettere che si mantengano le antiche ipoteche mercè *qualunque riserba* del creditore, tace sulla quistione, e parla della riserba *fatta col debitore*. La quistione pertanto, restando integra di fronte al testo della legge, deve decidersi secondo il suo spirito, il quale sembra abbastanza manifesto per le due seguenti considerazioni. — Primieramente, lo attribuire antiche ipoteche ad un novello credito, essendo un effetto che esce dal dritto comune, ne segue che il legislatore ha voluto solo ammetterlo nelle condizioni previste da lui, e non estenderlo dal caso supposto ad uno diverso, cioè dal caso in cui il debitore consente, a quello in cui non consente.

D'altra parte, e ciò sembra perentorio, Pothier avendo detto che il creditore può trasferire sul secondo debito le ipoteche del primo, fa osservare, che il trasferimento non può mai farsi che col consenso di colui a cui appartengono i beni ipotecati, ed aggiunge che « secondo questi principî, se uno di parecchi debitori in solido fa novazione del debito con riserba delle ipoteche, questa può essere efficace per le ipoteche dei beni del debitore, e non per quelle dei beni dei suoi condebitori » (*loc. cit.*). Or quest'ultima regola che s'informa del principio, che sia bisogno del consenso del debitore a cui i beni appartengono, e che Pothier presentava esplicitamente come tale, è riprodotta per disteso dall'articolo 1280 (1234)! Se il Codice adotta la conseguenza, ammette dunque il principio. Nè ciò è tutto: il Codice avrebbe potuto rigettare l'ultima dottrina di Pothier non rigettando il principio. Perchè lo essersi fatta valere sui beni di tutti i condebitori solidali la riserba delle ipoteche consentite dall'uno di essi non trarrebbe che si dovesse far valere anche la riserba consentita da uno individuo estraneo al debito; dappoichè ogni debitore in solido, può alle volte consentire in nome dei suoi condebitori, ed è loro mandatario *ad perpetuandam obligationem*. Se dunque dalla legge ammettesi la dottrina di Pothier, financo nel caso in cui i debitori sieno in solido, *a fortiori* trovasi dimostrato l'errore di Toullier, Duranton e Zachariae.

In breve, la riserba delle antiche ipoteche fatta dal creditore è efficace, per i beni del debitore, allorchè si fa con esso lui il contratto di novazione: è questo il caso dell'art. 1278 (1232). È anche efficace, se essendo fatto il contratto con un condebitore o con un terzo, il debitore proprietario dei beni vi aderisca per accettare la riserba; ma se non è questo il caso pre-

visto dall'art. 1278 (1232); pur non di· manco vi sono le condizioni chieste da esso articolo. Essa riserba è però inefficace tutte le volte che il debitore non vi consente, sia che la novazione si faccia da un condebitore, o da un terzo; dall'articolo 1280 (1234) vien resa allora inefficace testualmente per il primo caso, e per il secondo per argomento a *fortiori*.

781.—Ma il non potere operarsi sul nuovo credito il trasporto dell'ipoteca consentita per lo antico senza il consenso del debitore che deve ipotecare i suoi beni, non è una ragione per dire come Demante (Prog. II, 741) che *siesi costituita una nuova ipoteca*. Non è nuova ipoteca; ma per eccezionale favore della legge *continua* solo l'antica che in rigore di principii dovrebbe estinguersi. È importante una tale osservazione. Dappoichè se si fosse costituita ipoteca, sarebbe di bisogno di atto notarile, art. 2127 (2013), nel mentre per la semplice continuazione basta il consenso del proprietario dei beni ipotecati, non importando il come siasi manifestato. Tutto quello che allora abbisogna si è, che il consenso intervenga nel punto in cui si compie la novazione, perchè passata non potrebbe produrre più effetto: compitasi la novazione estinguesi l'antica ipoteca, e potrebbesi solo costituirne altra nelle ordinarie forme.

1280 (1234).—Se la novazione si effettua tra il creditore, ed uno dei debitori solidali, i privilegi e le ipoteche dell'antico credito non possono riserrarsi, se non sui beni di colui che contrae il nuovo debito.

782. Gli schiarimenti del precedente articolo spiegano questo, e fan comprendere come le ultime parole della presente disposizione non debbano intendersi assolutamente. Perchè si conservino le ipoteche sui beni di varii debitori, non sarebbe di bisogno che questi *contraessero* un novello debito, che aderissero al contratto di novazione *per consentire al trasferimento di tali ipoteche*. La fine dell'articolo non è rigorosamente vera; la riserba delle ipoteche non può essere efficace sui beni di coloro che non contraggono il nuovo debito, se non quando si compisce la novazione senza concorso *alcuno* di questi, i quali nè si soggettano al nuovo debito, nè consentono conservare le antiche ipoteche. Le prime parole dell'articolo debbonsi intendere ove manchi ogni concorso dei debitori.

1281 (1235).— Colla novazione fatta tra il creditore, ed uno dei debitori solidali, i condebitori saranno liberati.

La novazione fatta col debitore principale libera i fideiussori.

Nondimeno, se il creditore esiga nel primo caso l'adesione dei condebitori, o nel secondo quello dei fideiussori, e costoro ricusino di aderire alla nuova convenzione, sussiste l'antico credito.

783. Questo articolo non presenta difficoltà alcuna. I due primi paragrafi trovansi spiegati dal n. I dell'articolo 1279 (1233).

Quanto all'ultimo, se il creditore ha fatto la novazione, purchè al novello debito aderiscano i condebitori solidali o i fideiussori, non avveratasi tal condizione non vi è novazione e sussiste sempre il primo credito; se all' incontro i condebitori o i fideiussori aderiscono al novello debito, la condizione si compie e la novazione è perfetta.

784. Sarebbe il medesimo secondo se la novazione avvenuta fra il creditore e un novello debitore, o uno dei debitori in solido si fosse fatta sotto la condizione che l'antico debitore o i condebitori consentissero di trasferire sul novello credito le ipoteche date in vantaggio dell'antico: mancando il consenso non compiesi la condizione apposta alla novazione, la quale perciò si terrà come non fatta; dato che è il consenso, compirà la novazione.

Ma si potrebbe fare la seguente obie-
ione: che siccome qualunque condizione
pposta ad una convenzione retroagisce al
iorno della convenzione, così la novazione
atta con la condizione di doversi consen-
ire che le antiche ipoteche si conservas-
ero, dato il consenso sarebbe compita in-
anzi che il consenso si desse; si aggiun-
erebbe, che siccome la novazione ha im-
ediatamente estinto il debito coi suoi
ccessori, e quindi le antiche ipoteche,
osì sarebbe inefficace il consenso dato per
antener le ipoteche dacchè il consenso
ato per *conservarle*, farebbe che elle si
nnullassero. Ma non può ammettersi ta-
sottigliezza. La convenzione di novazio-
 fatta nel caso di cui trattiamo, è per
indole stessa delle cose e per la tacita
a evidente volontà delle parti, non solo
ggetta ad una condizione, ma insieme
nudo termine; secondo tal convenzione
rà *effetto* la novazione, *quando* si sarà
nsentito a mantenere le antiche ipote-
e. Così la novazione si compie quando
terviene il consenso relativo alle ipote-
che, e tal consenso quindi è efficace. E
questa interpetrazione dell'atto è voluta non
solo dai principî della ragione e della e-
quità, ma altresì dalla regola del dritto
positivo, secondo cui una disposizione deve
intendersi sempre nel senso in cui può ave-
re effetto, che in quello in cui non può
averne.

785. Del resto perchè la novazione si
tenga come condizionale non è necessario,
che il creditore abbia adoperato la con-
giunzione *se*, dichiarando che vi sarebbe
novazione ove si avverasse tal fatto; basta,
conforme al nostro articolo, che siesi vo-
luto lo avverarsi di quel fatto. Allorquando
il creditore dichiari di accettare invece del-
l'obbligazione di Paolo, quella di Pietro, con
la riserba delle antiche ipoteche, ovvero
con la accessione degli antichi fideiussori,
la novazione sarà condizionale, come se si
fosse detto: « se son mantenute le antiche
ipoteche; o se al novello debito accedono
gli antichi fideiussori ». Bisogna attenerci al-
le idee, non alle parole.

SEZIONE III.

DELLA REMISSIONE DEL DEBITO

786. La terza maniera di estinguere
a obbligazione è la remissione fatta dal
editore, ossia la rinunzia del suo cre-
to.

Senza fallo, il pagamento e la novazio-
sono anche in un senso remissione del
bito, dappoichè il creditore mercè il pa-
mento che riceve, o l'obbligazione nuo-
che accetta in luogo della antica, libe-
il suo debitore, e di conseguenza *gli*
nette la sua obbligazione. Ma allora il de-
ore è liberato, non perchè il creditore
bandoni il suo dritto, e perchè così vo-
a, ma sibbene pel fatto stesso della no-
zione e del pagamento: per la legge,
ragione, la forza stessa delle cose, la
erazione esce allora come conseguenza
cessaria della sostituzione dei debiti, o
llo adempimento dell'obbligo; e se per
novazione bisogna il consenso del cre-
ditore (non necessario per il pagamento),
il consenso ingenera immediatamente la no-
vazione, e da questa la liberazione del
debitore. Qui al contrario il debitore vien
liberato direttamente e immediatamente per
la volontà del creditore; il debito estingue-
si unicamente perchè il creditore vuol li-
berare il debitore colla sua rinunzia, ed
esso vien realmente estinto per la sem-
plice remissione.

787. Ma *la remissione di debito* propria-
mente detta, essendo quella soltanto che
risulta dalla sola volontà del creditore di
liberare il debitore, non essendovi stato
prima nè pagamento nè novazione, non se-
gue che si possa dire, come fanno Delvin-
court (nota prima della sez. terza) e Po-
thier medesimo (cap. 3, *passim*), che la
remissione si fa sempre a titolo gratuito.
Senza dubbio, spesso si farà così, ma può

anche farsi a titolo oneroso. Liberandovi del vostro debito di 500 franchi, perchè sia liberato dell'obbligo di fare per voi quel viaggio, nessuna delle due remissioni è gratuita, dacchè ciascuna si fa in ragion del vantaggio che si ottiene dall'altra parte.

Essendo fatta a titolo gratuito la remissione di debito, costituisce evidentemente una liberalità che in vero non va governata dalle regole di *forma* richieste per le donazioni (art. 931 (855, n. I), non essendo una donazione; ma non potrebbe esser dispensata dalle varie regole *sostanziali* che regolano tutte le liberalità gratuite, di maniera che debbansi applicare a tal caso i principî stanziati dal Codice intorno la riduzione al disponibile, la collazione alla eredità, e la capacità di dare e di ricevere. Del resto, la remissione gratuita può ben farsi nella forma delle donazioni come in qualunque altra.

La remissione del debito, come diciamo, non è una donazione, avvegnachè consista non già nell' attribuire e trasmettere un dritto, ma invece nell'annullare un dritto, nella rinunzia che ne fa il padrone. Il creditore al postutto fa ricco del suo il debitore e gli acquista realmente un vantaggio a sue spese (per cui debbonsi applicare le regole della riduzione, collazione, ec.); ma non si trasferisce affatto alcun dritto, non vi è alcuna *datio*.

788. La remissione può essere espressa o tacita; ma non bisogna dire con Demante (*Progr.* II, n. 743, 744) che può risultar *solo* da *una convenzione* espressa o tacita, e che la parola *remissione* è sinonima di *discarico convenzionale*. Senza fallo, la remissione o il discarico si farà spesso per convenzione, ma non sempre. Tranne il caso dell'abdicazione semplice ed assoluta di cui più innanzi parleremo, la remissione può risultare da un testamento, in cui un creditore può in modo di legato liberare il suo debitore; ma un testamento non è una convenzione.

Delvincourt (sez. 3, § 3) va in altro errore presentando la remissione *espressa* come quella che forma la remissione *convenzionale* onde opporla a quella ta[cita]: mentre da una parte, la remissione [può] essere espressa e non risultare da convenzione, potendo farsi in un testa[men]to in cui sarebbe conceduta nel mo[do] più formale; e dall'altra, la remission[e ta]cita sarà tanto convenzionale che la esp[res]sa, dacchè i fatti e le circostanze da [cui] risulta, possono manifestare l'accordo [del] creditore e del debitore quanto la p[iù e]splicita clausola.

789. È questione da gran tempo c[on]troversa, se la remissione *del debito p[os]*sa farsi per la sola volontà del credit[ore] ovvero sia indispensabile che *il debit[ore]* l'accetti onde produrre il suo *effetto*. P[er] l'affermativa dicesi, che *ognuno è padron[e]* di rinunziare i dritti che *gli appartengono*; che si può quindi rinunziare un dritto di credito, come qualunque altro; che d'altra parte, nessun debito potendo esservi senza il correlativo credito, la rinunzia che di quest[o] fa il creditore, estingue necessariamente ed *ipso facto* il debito. Era questa la dottrin[a] di Barbeyrac. Ma si risponde dagli altr[i] scrittori, che la dichiarazione di un credi[to]re al debitore che gli vuol rimettere il debito, non è un' abdicazione assoluta, m[a] un abbandono puramente relativo al debi[to]re, che perciò è naturalmente subordina[to] all'assenso di costui; in altri termini, è [un] dono fatto al debitore che può valere qua[n]do questi l'accetti. Coteste due non s[ono] dottrine contraddittorie, e di cui una s[a]rebbe necessariamente falsa e da non a[m]mettersi; entrambe son parimente vere: dovremo or l'una or l'altra seguire sec[on]do i casi, e secondo una distinzione di fat[to] da indagare nelle circostanze. Se è pro[va]to che il creditore abbia rinunciato il su[o] dritto per benevolenza verso il debitore, e per acquistargli un vantaggio, è nec[es]sario che il debitore accetti questa libera[]lità; il volere del creditore è subordina[to] a quello conforme del debitore, e il cre[]dito e il debito non possono estinguersi che con un reciproco consenso, con una convenzione. E questo si supporrà d'ordi[]nario; l'idea contraria che il creditore [ri]nunzi puramente e semplicemente, e [...]

solutamente solo per ispogliarsi del dritto, non potrebbe ammettersi, se non quando fosse manifestata o da una esplicita dichiarazione del creditore, o da peculiari circostanze. Ma se vi fosse la dichiarazione e le circostanze, se (cosa molto rara ai nostri tempi) il giudice del fatto riconoscesse questo assoluto abbandono, allora vi sarebbe una rinunzia unilaterale, efficace *ipso facto* senza convenzione, inconsapevole, ed anche non volente il debitore.

790. Così, o nei casi molto frequenti di testamento, o in quello, assai più raro, di un assoluto abbandono espresso o tacito, il debito sarà rimesso ed estinto senza alcuna convenzione. In tutti gli altri casi la remissione si farà per convenzione delle parti; e salvo l'effetto di speciali regole, che abbiamo spiegato, o spiegheremo nelle loro rispettive materie, non è a pensare se la convenzione costituisca una transazione, ovvero un reciproco dissenso, o in questa o in quell'altra circostanza.

Siccome non basta la capacità ordinaria di contrarre, e vuolsi quella di donare (nel creditore) e di ricevere (nel debitore) quando la remissione è a titolo gratuito, così vuolsi la capacità di transigere, se la remissione si fa per transazione.

Al caso del reciproco dissenso si applicheranno le regole del nostro moderno dritto intorno agli effetti del consenso. Così il reciproco dissenso delle parti, cioè il loro comune accordo di annullare una convenzione precedentemente fatta, sarà sempre efficace, qualunque sia la convenzione, e ciò non sarà, come in Roma, speciale ad una classe di contratti (1); ma tale effetto per la forza stessa dei nuovi principî del Codice, non potrà sempre estinguere l'obbligazione, come in Roma e nel nostro antico dritto. Per grazia di esempio, se vendutavi la mia casa per 50 mila franchi, fra noi si conviene, prima rilasciarsi l'immobile, e pagarsi il prez che la vendita sia come non avvenuta, questo reciproco dissenso saranno rim se la mia obbligazione di consegnarvi casa, e la vostra di pagarmi i 50,000 ma non potrà, come prima del Codice vile avveniva, rimettersi la obbligazione trasferirvi la proprietà della casa, non tendo esistere tale obbligazione, avveg chè il trasferimento di proprietà che volta ne sarebbe stato l'oggetto, si è verato sotto il Codice per l'effetto imn diato della vendita, per il fatto stesso d la prima convenzione (art. 1138, 15 (1092, 1428). Con ciò dunque non si solverebbe e annullerebbe il primo contr to, come altra volta, *distractus primi c tractus*, ma si aggiungerebbe realme al primo un secondo contratto, il qu anzichè estinguere la mia obbligazione trasferirvi la proprietà, farebbe sorgere vostra, o meglio trasferirebbe in me sub e pel solo effetto della nostra novella c venzione la proprietà che per la vend era stata in voi trasferita. In questo ca anzichè tener voi come non mai propr tario, voi lo siete stato fin dalla prima c venzione, ed io lo sono divenuto per seconda; anzichè poter dire che non v stato *alcun* trasferimento di proprietà, c cellatosi e come non avvenuto il primo, ne sono stati *due*; d'onde verrebbero c seguenze pratiche di molta importanza, sia pei dritti di mutazione (che dovrebb ro essere soddisfatti due volte, anzichè n essere dovuti), o per le ipoteche che f sero state da voi nell'intervallo delle convenzioni stabilite (le quali ipoteche s sistessero sempre).

Ma tutto questo non è speciale alla n stra materia della *remissione del debi* e le osservazioni del tutto incidenti da

(1) In Roma i quattro contratti consensuali (la vendita, la locazione, la società e il mandato) che possono soli formarsi col semplice consenso, erano altresì i soli che potessero risolversi col semplice consenso secondo il principio, che un legame deve sciogliersi per la causa che lo ha generato; quindi, perchè si rimettesse un'obbligazione formatasi *verbis*, era necessario risolverla *bis*, colle parole della accoptilazione; le altre provenivano da un contratto reale o letterale novavano colla stipulazione che le tramutava obbligazioni *verbali*, e poi le estingueva *verl mente*, collo stesso mezzo dell'acceptilazione stit., l. 3, t. 22 e t. 29, § 1 e 4).

fatte, sono naturalissime conseguenze dei principî di altre materie.

791. I compilatori del Codice ebbero senza dubbio pensato non potervi essere difficoltà nè intorno alla esistenza della remissione *espressa* (perchè si annunzia dai termini stessi del testamento o della convenzione), nè intorno allo effetto *generale ed ordinario* della remissione espressa o tacita (perchè consiste semplicemente nello estinguere il debito). Dippiù il Codice in questa sezione tace intorno a tai due punti spiegando solo 1° quando vi sarà ta remissione, art. 1282, 1283, 1286 (1: 1237, 1240) 2° qual sarà l'effetto d remissione espressa o tacita *nel caso* *ciale in cui fosse fatta ad uno di più co* *bligati* (art. 1284, 1285, 1287, 1: (1238, 1239, 1241, 1242)). Inoltre dremo trattati questi due punti in m inesatto, cotalchè, a prescindere di altri fetti nella compilazione, la nostra sezi merita sopra tutto il rimprovero di inesc sabile laconismo.

§ 1. — *Quando vi è tacita remissione.*

1282 (1236). —La volontaria restituzione al proprio debitore del titolo originale del credito sotto firma privata, fa pruova della liberazione.*

1283 (1237).—La tradizione volontaria della prima copia autentica *in forma esecutiva* della scrittura di obbligo, *fa presumere* la remissione del debito. *o il pagamento*, senza pregiudizio della pruova in contrario.**

SOMMARIO

I. La restituzione del titolo prova perentoriamente la liberazione o la fa presumere finchè non si chiarisca il contrario, secondo che si restituisca o il titolo originale, o la copia autentica in forma esecutiva.

II. Il titolo posseduto dal debitore fa presumere, fino a prova contraria, che gli sia stato restituito dal creditore.

III. In ambi i casi la prova contraria può farsi con qualunque mezzo.

IV. Le presunzioni di liberazione di cui trattiamo, sono anzi presunzioni di pagamento che di remissione. Si ammetterà la semplice remissione quando sarà riconosciuta dal debitore, o provata dal creditore. Costui potrà sempre provarla: Error. Zachariae.

I.—792. In una sezione in cui la parola *remissione* è usata ad esprimere la estinzione del debito, il legislatore ebbe torto di usar la medesima parola onde significare la restituzione o la consegna fatta dal creditore al debitore del titolo del credito (art. 1282, 1283 (1236, 1237)) ovvero della cosa avuta in pegno (art. 1286 (1249)). Checchè ne sia, dai nostri due articoli risulta che la restituzione del titolo se il creditore l'abbia fatto *di suo* *to proprio*, stabilisce perentoriamente senza che vi possa esser prova contraria la liberazione del debitore se *il* titolo originale è in carta privata; e la fa presumere fino a che non si provi il contrario se è una copia esecutiva di un titolo autentico (1). Vi è dunque nel primo caso

* L'attuale procedura a differenza dell'antico sistema, non richiedendo un mandato espresso in iscritto da rilasciarsi dal cliente al patrocinatore, ma la sola consegna delle carte necessarie alla difesa della causa, l'unico titolo del patrocinatore contro il cliente vien costituito dalle produzioni; in modo che la restituzione delle medesime fa presumere sempre il pagamento, oppure la remissione del debito. C. S. di Napoli. 20 gen. 1845.

** Può ammettersi la pruova testimoniale contro la presunzione nascente dalla consegna del debitore della copia di prima edizione. C. S. di Napoli 12 genn. 1826.

(1) Si chiamano *grosses* le copie esecutive degli atti autentici, e prendono tal nome dall'essere scritte in carattere grosso, mentre l'originale dicesi minuta, essendo scritto in *piccolo carattere*

resunzione legale detta *juris et de jure* contro cui non si ammette prova, e nel secondo una semplice presunzione *juris* che può venir meno per una prova contraria.

Ma che deciderebbe se il titolo che volontariamente rilascia il creditore al debitore, non fosse nè uno originale in carta privata, nè una copia notarile, ma uno originale notarile, un atto scritto in brevetto, cioè di cui il notaro non conserva minuta? È tanto più strano che siesi trascurato questo caso dal testo del Codice (altro improvero ai compilatori), perchè Pothier seguìto in tutto il testo del nostro titolo ebbe cura di parlare e della carta privata del brevetto: « Se il creditore, egli dice, ha restituito al debitore il suo biglietto o *il brevetto* di obbligazione, si presume avergli rimesso il debito» (§ 2, § 1) e più innanzi: « ciò che si è deciso riguardo un biglietto *un brevetto di obbligazione* non deve estendersi alla copia di cui non esiste minuta... » (§ 5). Malgrado il silenzio del Codice , e sebbene le presunzioni legali debbano solo valere nei casi in cui specialmente sono stabiliti dalla legge, nè possano mai estendersi per analogia (articolo 1350 (1304)), non dubitiamo di affermare che la consegna dell' originale o brevetto debba produrre lo stesso effetto, che quello dell'originale in carta privata. Infatti la ragione non solo è somigliante ma identicamente la stessa. Imperocchè una presunzione *juris et de jure* si è attaccata alla consegna dell' originale in carta privata , ed una semplice presunzione *juris* a quella di una copia esecutiva, perchè nel primo caso il creditore si spoglia assolutamente del suo titolo, e nel secondo egli può sempre procurarsene un altro , mercè la minuta conservata dal notaro , di maniera che deve ritenersi più efficace la prima che la seconda. Or il creditore si spoglia affatto del suo titolo, rilasciando tanto l'originale notarile , che l' originale in carta privata.

Dunque i compilatori non vollero consacrare esplicitamente l'assimilazione che Pothier fece fra il brevetto e l'originale in carta privata, parendo loro che non ne sorgesse alcun dubbio.

Infatti se si fosse voluta rigettare questa ben naturale assimilazione, si sarebbe detta qualche parola del mutamento nel discutere i nostri articoli; e al contrario il verbale della discussione finisce con dichiarare espressamente che si è voluto riprodurre in questi due articoli la distinzione stabilita da Pothier (Fenet, XIII, p. 85).

I nostri articoli pertanto vogliono significare che la prova definitiva della liberazione del debitore sorgerà dalla consegna del titolo originale (non importa se in carta privata o notarile) e che essa si presume fino a prova contraria, con la restituzione della copia di cui resta minuta.

II.—793. Ma perchè secondo i casi questo o quell'effetto si generi, è necessario che il creditore *abbia rimesso volontariamente,* ossia restituito il titolo. Potrebbe infatti avvenire che il titolo fosse in potere del debitore perchè involato da lui o da altri, o perchè perduto dal creditore fosse venuto senza volere di costui in possesso del debitore.

Del resto, tutti riconoscono, e fu positivamente detto nella discussione al Consiglio e nella esposizione dei motivi, che il fatto del possesso del debitore induce la presunzione che siasi restituito volontariamente, salvo che il creditore non la faccia venir meno (Fenet, p. 81, 82 e 297).

III.—794. La prova che dovrà fare il creditore affinchè si distrugga la presunzione che il titolo sia stato volontariamente restituito, potrà farsi con tutti i mezzi, con testimoni, e con le semplici presunzioni, che i giudici potranno cavare dalle circostanze dimostrate. Non è questa una convenzione per cui la legge vuole una scrittura se il valore ecceda i 150 franchi (art. 1341 (1295)); è un semplice fatto da stabilire in qualunque modo, e non si può volere una pruova in iscritto che quel titolo mi è stato rubato o che l'ho perduto, o che l'ho recato dal mio vicino con tutte le altre carte in mezzo ad un incendio, ec. ec. Quindi potranno ammettersi tutti i mezzi di prova, anche una semplice presunzione; deciderà poi il giudice

nella sua coscienza quale deve vincerla, o quella che siesi restituito il titolo liberamente, come risulta dal fatto del possesso del debitore, ovvero quella contraria che può cavarsi dal fatto che il creditore pone in sostegno di ciò che allega.

Il creditore potrebbe egualmente provare con qual si voglia mezzo, che la restituzione della spedizione esecutiva, sebbene volontariamente fatta da lui al debitore, non abbia liberato costui; che essa avvenne, per modo di esempio, a fin di mettere al coverto il debitore dai procedimenti che potevano essergli fatti, o con altra idea che escluda ogni pensiero di liberarlo.

In fatti non è questo un atto costitutivo di obbligazione, un contratto consentito fra le parti, ma un semplice fatto di cui si vuol conoscere la estensione e a cui non può applicarsi la regola dell'art. 1341 (1295)).

IV.—795. Secondo i nostri due articoli la consegna volontaria del titolo originale, o della sua copia esecutiva sarà una pruova o una presunzione di *liberazione*; ma di qual sorta di liberazione? Bisognerà ammettere una remissione del debito ovvero un pagamento? La quistione è importante. Imperocchè ammesso che sia una remissione gratuita, ella potrà non esser valida in alcuni casi in cui lo sarebbe il pagamento (ad esempio per la incapacità in cui era il creditore di donare al debitore); la remissione poi andrebbe soggetta alla riduzione o alla collazione.

Or quando il debitore sostiene di aver fatto il pagamento ed essergli stato perciò consegnato il titolo, e il creditore pretende al contrario avergliela rilasciato per rimettergli gratuitamente il debito, e nessuna prova si è fatta dall' uno e dall'altro, il giudice in questo stato di assoluto dubbio a chi dei due darà ascolto?

Ci sembra evidente che debba vincere chi allega il pagamento, essendo questo il modo più naturale ed ordinario di liberarsi da una obbligazione; una remissione gratuita è invece una causa eccezionale di liberazione; nel dubbio si presume la regola e non l'eccezione.—Noi qui opponiamo al pagamento la remissione *gratuita* per doppio motivo: 1° Se fosse una remissione a titolo oneroso, la quistione non avrebbe più interesse, essendo l'atto allora a titolo oneroso nelle due ipotesi contraddittorie; 2° un assoluto dubbio non potrebbe darsi, avvegnachè il vantaggio ottenuto dal creditore come equivalente della sua remissione, gli procurerebbe generalmente dei mezzi di spiegare e rendere più probabile la allegata remissione. Spesso vi sarà contraddizione tra un pagamento e una gratuita remissione, e il giudice sarà sempre nel dubbio.—Or le liberalità si provano, non si presumono; ed essendo certo che una persona che era debitrice, non lo è più, devesi supporre, ove manchi qualunque rischiarimento sulla causa della *liberazione*, che ella abbia pagato, e non che il creditore le abbia rimesso il debito: i creditori, per regola generale, per uso comune, non regalano ciò che loro è dovuto.—Indarno si caverebbe argomento dall'essere i nostri due articoli collocati nella materia della *remissione del debito*; ciò non monta, avvegnachè dichiarino di stabilire, il primo una prova di *liberazione*, e il secondo una presunzione di remissione o di *pagamento*.

Il giudice solo quando il dubbio è assoluto, dovrà pronunziarsi piuttosto per il pagamento che per la semplice remissione, dappoichè se le circostanze lo convincono che vi sia stata semplicemente remissione, dovrà farla buona. Quando il debitore (in faccia ad un creditore che negando ogni liberazione sostiene non aver volontariamente rilasciato il suo titolo, ma senza alcuna prova) pretende esser liberato, non per un pagamento, ma per la semplice remissione, non si potrà certamente dire che vi sia pagamento. Del pari ove il debitore pretende aver pagato, e il creditore o chi lo rappresenta pretende e *prova* che quegli sia stato liberato per una gratuita remissione, dovrà questa riconoscersi.

796. Cotal decisione per quanto sia semplice e logica, vien contraddetta da Zachariae il quale pretende che il creditore non avrebbe sempre il dritto di *provare*

che il debitore sia stato liberato per una remissione e non per un pagamento. Lo potrà, egli dice, quando avrà consegnato al debitore la copia esecutiva del suo titolo, dappoichè allora l'art. 1283 (1237) stabilisce in vantaggio del debitore una semplice presunzione che può distruggersi dalla pruova contraria; ma lo potrà quando avrà consegnato il suo titolo originale, poichè l'art. 1382 (1236) pone allora una presunzione *juris et de jure* per cui rendesi impossibile la pruova contraria. Si cade così in manifesto errore e si confonde stranamente la quistione della liberazione, con quella del modo ond'essa si è compiuta. Senza fallo, essendo quistione se il debitore a cui volontariamente si è rilasciato il titolo, sia o pur no liberato, il creditore può ovver no provare che non lo sia stato, secondo che il titolo restituito sia la spedizione o il titolo originale, ma quando il creditore che volontariamente ha rilasciato il suo titolo originale, riconosce che il debitore è liberato e vuol solo provare che lo sia stato per una remissione, e non per un pagamento, qual regola dal Codice si oppone alla prova da lui chiesta? Non certo l'art. 1282 (1236), avvegnachè esso dichiari, escludendo la prueva contraria, che vi è *liberazione*, che vi è stato *pagamento* o REMISSIONE. Si allegano i discorsi degli oratori del Governo e del Tribunato, i qual ripetono e sviluppano la idea dei nostri articoli che vi è ora una semplice presunzione, ed ora una prova piena della *liberazione* (Fenet, XIII, p. 279 e 361). Or qui il creditore, giova ripeterlo, non nega che vi sia la liberazione, ma che risulti da un pagamento, anzichè da una remissione come ei vuol provare. Dunque non potrebbe contraddirsi tal prova, la quale potrebbe farsi con tutti i mezzi.

797. Pertanto, essendo il giudice convinto o parendogli più probabile, che la liberazione sia avvenuta mercè una remissione, dovrà questa riconoscere e non una falsa supposizione di pagamento. Ma nel dubbio si dovrà far valere il pagamento, cotalchè al postutto i nostri articoli non ostante la rubrica sotto cui son posti, ci presentano dei casi, che saranno più spesso di pagamento che di remissione.

1286 (1240).—La restituzione del pegno non basta per far presumere la remissione del debito.

798. La restituzione che fa il creditore al suo debitore del mobile o dell'immobile ricevuti in pegno o in anticresi (art. 2072 (1942)) ben prova avere il creditore rinunziato al pegno chiesto per sicurtà del credito, ma non già al credito stesso. Parimente la rinunzia dell'ipoteca non proverebbe affatto che il creditore abbia voluto rimettere il debito. Rimettendo l'accessorio non si rimette il principale.

Ma dai tre articoli 1282, 1283, 1286 (1236, 1237, 1240) non dovrebbe inferirsi che dalla sola restituzione del titolo possa ricavarsi la tacita remissione del debito, ma solo che non vi sieno altri casi di *presunzione legale* di remissione, di maniera che il giudice costretto qui a dichiarar la liberazione come conseguenza della restituzione, potrà liberamente dichiarare se esista o no la remissione che il debitore vorrebbe far risultare da qualunque altro fatto.

Per modo di esempio, se Pietro si è obbligato di farmi quella fabbrica ed io ho assunto l'obbligo di pagargli 15,000 fr., e poi sottoscriviamo un atto con cui io lo discarico senz'altro della sua obbligazione, cotesta espressa remissione trae seco quella tacita della mia, tranne che il contrario non si provi da circostanze speciali. Se in più conti successivi fatti con una persona ho trascurato uno dei suoi debiti verso di me, deciderà il giudice in fatto ed esaminate le circostanze, se il silenzio possa spiegarsi con una dimenticanza (cotal che il debito sussisterebbe sempre, salvo la prescrizione), o se debba fare ammettere una tacita remissione, come si avvisava Papiniano in una specie da lui preveduta

(L. 26, Dig. *De probat.*) (1).

Il giudice potrà cavare la tacita remissione da tutti i fatti e da tutte le circostanze che troverà abbastanza gravi, purchè si trovi in uno dei casi in cui la legge ammette la pruova testimoniale (articolo 1353 (1307)).

§ 2.—*Effetto della remissione operata con uno di più coobbligati.*

1284 (1238).—La tradizione della scrittura originale sotto firma privata, o della copia suddetta ad uno dei debitori solidali, produce lo stesso effetto a vantaggio degli altri debitori.

799. Se un debito è comune a più condebitori, e la remissione è fatta tra uno di loro ed il creditore, è certamente quistione d'intenzione dipendente dalla volontà del creditore, se quella siasi fatta in vantaggio personale del debitore, ovvero debba estinguere il debito liberando tutti gli obbligati. Non pertanto il Codice presumendo la volontà del creditore, determina gli effetti della remissione per più ipotesi, e tratta qui della restituzione del titolo ad uno dei condebitori in solido.

Tal restituzione, giusta il nostro art., sarà efficace per tutti i condebitori non che per quello a cui fu fatta, cioè produrrà tutti gli effetti spiegati da noi sotto gl'articoli 1282, 1283 (1236, 1237). E ciò che qui è detto dalla legge per il caso in cui vi sieno condebitori in solido, deve di certo estendersi agli altri in cui un debito sia dovuto da più debitori non congiunti in solido, ovvero da un debitore principale garentito da fideiussori. Infatti l'abbandono di un titolo di credito non si fa per discaricare soltanto un condebitore o della solidarietà o della sua parte nel debito, o per rimettere a un fideiussore la sua malleveria. La restituzione del titolo riguarda l'intero debito e deve perciò produrre in tutti i casi un effetto assoluto e identico per tutti i coobligati, cioè fa prova che il debito si è estinto se il titolo è originale, e fa presumere che si è estinto se soltanto siesi consegnata la copia esecutiva.

E poichè questa consegna dell'originale o della copia esecutiva fa presumere fino a che il contrario non si provi, che il debito è stato pagato e non semplicemente rimesso, quello degli obbligati a cui è stata fatta la consegna, potrà agire contro i suoi coobbligati, i quali potrebbero provare con tutti i mezzi, che vi sia stata una semplice remissione del debito e non già pagamento per parte del possessore del titolo.

800. Non essendovi nella legge alcuna regola per gli altri casi di tacita remissione ottenuta da un solo dei coobbligati, dovrà il giudice del fatto indagare nelle circostanze se il creditore abbia voluto *rimettere il debito*, o solo discaricare *l'obbligato*.

Il giudice troverà analogie naturali nelle regole indicate dai seguenti articoli per la espressa remissione.

1285 (1239).—La remissione o liberazione convenzionale a pro di uno dei condebitori solidali libera tutti gli altri, purchè contro di costoro il creditore non abbia espressamente riservato i suoi dritti.

In questo ultimo caso non può ripetere il credito, se non fatta deduzione della parte di colui al quale ha fatto la remissione.

1287 (1241).—La remisssione o liberazione convenzionale accordata al debitor principale libera i fideiussori: quella accordata al fideiussore non libera il debitor principale: quella accordata ad uno dei fideiussori non libera gli altri.

(1) Alcuni degli antichi dottori volevano che si ammettesse la remissione quando il creditore e il debitore fossero parenti, e il primo fosse morto senza aver proposto doglianze; altri presentavano altramenti le condizioni necessarie... È necessario, come fa Domat, rigettare cotesto arbitrio, dipendendo la quistione soltanto dalla valutazione del giudice.

SOMMARIO

I. *Qui si parla della remissione* espressa, *non della* convenzionale.
II. *La remissione fatta ad uno dei condebitori solidali libera gli altri, tranne si sia dichiarato il contrario. La remissione fatta ad uno per la sua parte, libera di essa gli altri. — Puossi anche rimettere il solido.*
III. *Del caso in cui la parte virile ed apparente del condebitore non è la sua parte reale nel debito: grave errore di Delvincourt.*
IV. *Ove i debitori non siano in solido, l'effetto della remissione fatta espressamente ad un di loro va secondo le regole generali.*
V. *La remissione fatta a un debitore libera il fideiussore; quella fatta al fideiussore come tale, non libera il debitore.*
VI. *Il discarico anche personale di uno dei fideiussori libera gli altri per la parte che quello deve sostenere nel debito, e dove siano gli altri insolventi. La legge fu mal compilata.*
VII. *Il testo è esatto quando il fideiussore discaricato si obbliga con un atto posteriore.*
VIII. *Quello dei coobbligati che colla ottenuta remissione libera gli altri, non può agire contro di loro quando la remissione è gratuita (censura della dottrina di Duranton); se ella è a titolo oneroso, può agire per lo ammontare di ciò che ha pagato.*
IX. *Si applicano queste varie regole alle remissioni tacite di cui non si occupa la legge.—Le remissioni dividonsi in reali e personali.*

I.—801. Cotesti due articoli opponendo alla *tacita* remissione la remissione o il discarico *convenzionale*, porgono queste ultime espressioni come sinonime di remissione o discarico *espresso*. Ma la tacita remissione è convenzionale come la espressa (n. 788); e d'altra parte, la remissione espressa non è sempre convenzionale, potendo farsi in un testamento. Non parliamo qui dello assoluto abbandono del creditore (caso non molto frequente), nel quale la remissione potrebbe essere anche espressa, avvegnachè per l'indole sua stessa non potesse farsi con uno dei coobbligati. Infatti lo abbandono avverrebbe per sola volontà del creditore senza il concorso altrui, e libererebbe necessariamente tutti gli obbligati insieme, essendo il pieno abbandono del credito.

Qui dee parlarsi di remissione *espressa*, e non di remissione *convenzionale*.

II.—802. Quando la remissione espressa fatta ad uno dei debitori in solido non spiega se siasi voluto estinguere il debito o liberare soltanto il debitore (o della sua parte del debito, o semplicemente della solidarietà), il Codice movendo senza dubbio dall'idea che per effetto della solidarietà ognuno dei condebitori sia il mandatario o il rappresentante di tutti gli altri, decide, difformemente da Pothier (articolo 2, § 2, par. 2), che ove manchi una formale dichiarazione del contrario, il debito sarà sempre assolutamente estinto, e quindi saran liberati tutti i debitori. Quindi il creditore che non vuole tanto accordare, deve espressamente riserbarsi i drittti che non vuole rinunziare.

Quando il creditore formalmente dichiari di rimettere il debito al condebitore *per la sua parte*, ovvero conservando i suoi diritti contro gli altri debitori, potrà sempre agire contro questi, dedotta però la parte del primo. Se, per modo di esempio, quattro debitori in solido fossero tenuti al debito di 12,000 fr., il credito, dopo fatta la remissione ad uno di loro, sarà di 9 mila franchi che gli altri tre dovranno in solido. E divenuto uno di essi insolvente, la porzione che il condebitore discaricato avrebbe dovuto per quello sostenere (articolo 1214 (1167)), sarebbe anche per una necessaria conseguenza, perduta per il creditore, e non potrebbe ripetersi contro gli altri due. Infatti la remissione fatta ad uno dei condebitori, non può mai rendere più grave la condizione degli altri.

Che se il creditore avesse dichiarato rimettere al condebitore non il *debito* (o assolutamente, o solo per la sua parte) ma semplicemente la solidarietà, egli allora potrebbe agire per tutti i 12,000 contro

ciaschedùno degli altri tre, e per 3,000 contro quello a cui ebbe rimessa la solidarietà.

III.—803. Nell'esempio sopra citato abbiamo supposto che il calcolo della porzione del condebitore non offrisse difficoltà, e che essa potesse intendersi in un solo senso; ma che decidere se il debitore dovesse nel debito una parte reale diversa dalla virile; p. e. se di quattro coobbligati due soltanto sono i veri debitori, e gli altri due, sebbene ordinarî debitori rispetto al creditore, si fossero solo obbligati nell'interesse dei primi, e fossero quindi fideiussori rispetto ad essi (articolo 1219 (1172))? Nel caso in cui si fa la remissione ad uno dei due primi per la sua parte, dovrebbe intendersi della parte reale che egli deve sostenere, ossia della metà del debito, ovvero della parte virile ed apparente, cioè solo del quarto?

È questa una semplice quistione d'intenzione, di interpetrazione, che si deciderà secondo le circostanze del fatto. Se si provi che il creditore, conosciuta la condizione rispettiva degli obbligati fra loro, ha voluto parlare della parte reale del condebitore, la remissione si applicherà ad essa: se al contrario non gli era nota la condizione, ovvero conoscendola non ebbe ad essa riguardo, sarà rimessa la sola parte virile.

804. Questa soluzione è tanto semplice che fa maraviglia che siasi potuto contraddire da Delvincourt, scrittore che di ordinario ha molto giudizio. Egli insegna che la remissione si estenderà necessariamente a tutta la parte reale quando il creditore conosca la condizione rispettiva dei condebitori, e si restringerà alla parte virile quando la ignori. Ne dà per esempio il caso di un creditore, il quale sapendo che dei suoi quattro condebitori in solido il solo interessato è quello che egli ha discaricato, e gli altri tre si sono obbligati per lui, dichiara positivamente non disobbligarlo *che per la sua parte*, riservando i suoi dritti contro gli altri. L'errore è evidente, perchè il creditore volle non aver riguardo alla condizione dei condebitori fra loro sebbene la conoscesse, e trattarli non come fossero un sol debitore e tre fideiussori (quali sono *fra loro soltanto*), ma come quattro debitori in solido (quali sono *rispetto a lui*). E tal volontà si fa manifesta appunto perchè egli conosceva la condizione rispettiva degli obbligati; dappoichè dichiarando liberare per la *sua parte* un obbligato che rispetto agli altri è unico debitore, e tenuto all'*intero debito*, indica con molta chiarezza non accettarlo con la qualità di unico debitore, ma con quella che tutti hanno rispetto a lui, conservandoli tutti e quattro come condebitori in solido.

I due motivi su cui si fonda Delvincourt non possono affatto sostenersi. Egli dice dapprima, che permettendosi al *creditore* di agire contro ciascuno degli altri tre obbligati per lo intero dedotta sola la parte del primo, cioè per tre quarti, *il* primo contro cui quegli che avrà pagato i tre quarti avrà intera l'azione, non sarà liberato, cotal che la remissione sarebbe stata per lui derisoria. Siffatto argomento non ci pare nemmeno serio; dappoichè siccome l'azione contro uno *dei tre obbligati* e il regresso di costui contro il coobbligato che è stato discaricato, può farsi per soli tre quarti, così quest' ultimo rimane del tutto liberato della sua parte come quarto debitore in solido; or non altro che la sua parte si è voluto rimettergli. Delvincourt aggiunge che la dichiarazione espressa dal creditore in tal caso è come non avvenuta, essendo nulla qualunque dichiarazione *contraria all'indole dell'atto*. Ma così si ragiona quasi che i tre ultimi obbligati fossero fideiussori assolutamente rispetto tanto al creditore che all'altro obbligato, mentrechè essendosi tutti obbligati in solido, si reputano fideiussori *rispetto il loro coobbligato* (come lo vogliono e la ragione e il testo formale dell'articolo 1216 (1169)), restando tutti debitori in solido ordinarî rispetto al creditore. Senza fallo, se assolutamente e tanto pel creditore che pegli obbligati vi fosse un debitore e tre fideiussori, non sarebbe possibile liberare il debitore *per la sua parte*, dacchè e-

sendo unico debitore, non vi sarebbe parte; ma quando i quattro obbligati sebbene siano un debitore unico, e tre fideiussori nei rapporti fra loro, son quattro debitori in solido rispetto al creditore, non è impossibile nè contrario all' indole dell' atto che il creditore liberi della sua parte, cioè soltanto per un quarto, uno dei quattro debitori (1).

Affinchè la remissione riguardi la parte reale dell'obbligato non basta dunque che il creditore conosca la condizione rispettiva dei condebitori in solido, ma è necessario che egli voglia estinguere il debito per questa parte reale, il che si giudicherà secondo le circostanze. Se la intenzione non fosse ben determinata, si dovrebbe decidere nel dubbio per la parte virile ed apparente, dacchè i coobbligati sono gli uni debitori e gli altri fideiussori soltanto fra loro, e rispetto al creditore son tutti condebitori in solido ordinarî.

IV. — 805. Essendosi fatta la remissione espressa ad uno di più debitori non solidali, l'effetto più o men largo di esso dovrà unicamente determinarsi secondo le regole generali, cioè valutando la intenzione del creditore dai suoi termini che saranno interpretati secondo le circostanze del negozio.—Essendo dubbio il senso della remissione, per il principio che le rinunzie non si presumono, si riterrà sempre il senso men largo. Qui non potrebbe applicarsi la presunzione legale dello articolo 1285 (1239) stanziata per un debito solidale.

V. — 806. Ove il debito sia garentito da fideiussori, la remissione al debitore libera sempre e di necessità i fideiussori, non potendo l'accessorio sussistere senza il principale.

Al contrario, e per ragione inversa la remissione fatta al fideiussore, come tale, non potrebbe liberare il debitore; ma solo lascerebbe il debito senza fideiussione. —Ma se sorge, o dai termini formali dell'atto, o dalle circostanze nelle quali si è fatto, che la remissione, sebbene fatta al fideiussore, riguardi realmente il debito; se per modo di esempio il creditore, fatta inutile prova contro un debitore principale insolvente, si accordasse col fideiussore rinunciando al credito, mercè qualche vantaggio che quegli gli promettesse (vantaggi che non costituiscono nè un pagamento, nè una novazione), ovvero se il creditore, non ricevendo alcun vantaggio per la sua rinuncia, dichiarasse tener per estinto il debito, avuto riguardo al fideiussore, una siffatta rimessione non sarebbe più personale a quest'ultimo, ma libererebbe tanto lui che il debitore principale.

VI. — 807. Essendovi più fideiussori, la remissione fatta ad uno di loro *non libera gli altri* giusta le ultime parole dell'articolo 1287 (1241). Ma è bisogno che questa regola si spieghi, non avendo quel senso assoluto che parrebbe uscire dai suoi termini.

E primieramente, se la remissione è stata fatta (come noi testè supponevamo per unico fideiussore) in modo che si provi essersi voluto estinguere il debito, e non solo procurare un discarico personale al fideiussore, tutti i fideiussori saranno certamente liberati, essendolo il debitore principale. Ma ove pur si trattasse di discarico puramente personale al fideiussore, non bisognerebbe credersi che desso sia ineffi-

(1) L'argomento di Delvincourt supporrebbe che i debitori in solido alcuni dei quali sono i fideiussori rispetto agli altri, cessino di esser debitori in solido perchè la loro condizione è nota al creditore! Il che farebbe dire che colui il quale conosce anticipatamente la condizione di due persone di cui una si obbliga nell'interesse dell'altra, non può efficacemente ricevere la obbligazione in solido di ambedue.

La soluzione di Delvincourt censurata da Toullier (VII, 329 nota 2), ha dovuto esserlo più largamente da noi, essendo stata riprodotta come un punto non più controverso in un'opera molto diffusa fra gli allievi delle facoltà. — In essa si allega in sostegno l'art. 1863 (1735) che non c'entra affatto, ma che in ogni caso proverebbe il contrario di quel che si vorrebbe. Infatti l'articolo dichiara che quando alcuni socii di cui sono ineguali le porzioni, contraggono una obbligazione comune per la loro società, son tutti tenuti in *eguali parti*, se il contratto non contenga una clausola *speciale*, per cui ognuno resti obbligato per la parte che realmente ha nella società.

cace per gli altri fideiussori, lasciando sussistere sempre contro loro una obbligazione sì ampia come prima era. Discaricato uno dei fideiussori, gli altri non sono più tenuti al debito, che dedotta la parte del primo; per esempio, essendovi un debito di 12,000 franchi mallevato da quattro fideiussori, uno de' quali fosse discaricato, ognuno degli altri tre garentirebbe il debito solo per 9,000.

Infatti, o i fideiussori sono in solido fra loro o pur no. Essendo in solido, son governati dalla regola del secondo paragrafo dell' art. 1285 (1239); nel verbale della discussione del nostro art. 1287 (1241) fu dichiarato adottarsi l'articolo, e permettersi al creditore di disobbligare un solo dei fideiussori conservando i suoi dritti contro gli altri per il caso solamente in cui i fideiussori non sono in solido (Fenet, tom. XIII, p. 89, § 5 e 87, § 2). Se poi i fideiussori non sono in solido, non solo ciascun di loro giusta l'art. 2026 (1898) può costringere il creditore ad agire contro tutti insieme, domandando a ciascuno la sua parte (il che farà che il creditore ottenga da loro 9,000 franchi, poichè dei quattro ne ha discaricato uno); ma quand'anche quello degli altri tre non discaricati, contro cui il creditore agisce, non opponendo il beneficio della divisione pagasse l'intero, non sarebbe più l'intero debito ossia 12,000 franchi, ma il debito mallevato ridotto già a 9,000.

In più modi può provarsi che siesi ridotta la fideiussione per il discarico di uno dei fideiussori anche non solidali e fuori la regola dell'art. 1285 (1239). In primo luogo, sarebbe assurdo che il creditore il quale agisce contro un solo fideiussore potesse ottenere di più che se si rivolgesse in un tempo contro tutti; abbiam veduto che conforme l' articolo 2027 (1899) la fideiussione vien ridotta quando non si procede contro tutti insieme. D' altra banda, siccome l'art. 2033 (1905) vuole ed a ragione, che quello dei fideiussori che soddisfa l'intero debito, possa rivolgersi contro gli altri affinchè sostenesse soltanto la sua parte, il discarico dato ad un solo dal creditore scemando il regresso degli altri, deve quindi e in proporzione scemare la loro obbligazione. Da ultimo dichiara l'articolo 2037 (1909) venir meno la fideiussione allorquando il creditore ha reso impossibile la surrogazione ai dritti accessori che garentivano il suo credito; ora il creditore col discaricare uno dei fideiussori rende impossibile il surrogamento al dritto di procedere contro il fideiussore per la sua parte, e di conseguenza estinguesi la fideiussione per tal parte.

Il creditore non solo potrebbe solo agire contro gli altri fideiussori, dedotta la parte dell'uno discaricato; ma se sia insolvente uno dei fideiussori non discaricato, il creditore per necessaria conseguenza non potrà agire contro i solventi se non se dedotta la parte che avrebbe dovuto sostenere il discaricato. — Questo deriva dal principio che il discarico di uno dei fideiussori non può recar mai pregiudizio agli altri.

808. Dunque non è sempre vero quel che dice l'art. 1287 (1241), che la remissione accordata ad uno dei fideiussori non libera gli altri. Senza fallo, non li libera del tutto ossia *delle loro parti* nella fideiussione (supposto come fa l'articolo, un discarico puramente personale al fideiussore); ma li libera della parte del fideiussore discaricato. La proposizione adunque non dee prendersi alla lettera; la quale fu così dettata dai compilatori perchè quando facevasi la discussione eglino aveano intorno le obbligazioni e i dritti dei fideiussori fra loro, idee che non sono state appresso stanziate nel titolo della *fideiussione*. « I fideiussori non sono tali fra loro, diceva Cambacérés; l'impegno dell'uno *non ha alcun rapporto* con quello dell'altro, e la remissione fatta ad uno dal creditore, non reca agli altri *alcun pregiudizio*.

Defermon diceva che *potendo avvenire* che un solo fideiussore pagasse *per tutti*, non sarebbe giusto il permettere che potesse discaricarsi uno dei fideiussori. Treilhard rispondeva che per ciò dovrebbero supporsi *fideiussori in solido* mentre non lo sono. Tronchet diceva in fine che tre

fideiussori per il medesimo impegno sono affatto *estranei fra loro* (Fenet, p. 86,87). Questa sola citazione (in cui si riguardano i vari fideiussori senza alcun rapporto fra loro, e si suppone che uno di loro può pagar soltanto lo intero se sieno in solido, mentre l'art. 2225 (2131) stabilisce che ognuno dei fideiussori è sempre tenuto all'intero debito) basta a far conoscere che se al tempo della discussione fosse stato scritto il titolo *della fideiussione* tal quale è nel Codice, l'ultima disposizione dell'articolo 1287 (1241) sarebbe diversamente dettata per quel principio di ragione e di giustizia, che il discarico di un fideiussore non potrà recar pregiudizio agli altri (1).

VII.—809. Pure le idee annunziate nel Consiglio al tempo della discussione e rigettate in generale per le regole adottate nel titolo della fideiussione, sono esatte in un caso speciale quando cioè il fideiussore discaricato si fosse obbligato con un atto posteriore allo impegno degli altri, per modo che questi non abbiano potuto far assegnamento sopra di lui.

Pietro contraendo con me un debito di 12,000 franchi mi offre tre fideiussori; e di poi con un atto separato mi si profferisce un quarto fideiussore senza che i tre primi vi concorrano, e forse anche lo sappiano. In tal caso gli è vero, come si è detto al consiglio di Stato, che i tre primi fideiussori sono estranei al quarto, e che il loro impegno non ha alcun rapporto con quello dell' ultimo; gli è vero che i tre primi non han potuto nè dovuto far assegnamento sull' ultimo, e che il creditore discaricando costui, ma conservando la sua azione integra contro ciascuno degli altri tre, non reca loro alcun pregiudizio. I tre fideiussori erano obbligati ciascuno per l'intero (articolo 2025 (1897)) innanzi che il quarto si obbligasse. Discaricandosi costui ed agendosi contro ciascuno dei tre per lo intero, non si peggiora la loro condizione; si rimettono in quello stato in cui essi vollero collocarsi; agendosi per l'intero contro ognuno di loro, si adempie la loro convenzione. Pertanto eglino non potrebbero dolersi, e allora il discarico del quarto fideiussore non libererà i tre primi nè scemerà punto la loro garenzia, (vedi Pothier, art, 2, § 2, par. ultimo).

Non sarebbe così, rispetto anche al quarto fideiussore, se fosse discaricato uno dei tre primi, avvegnachè l'ultimo avesse dovuto naturalmente fare assegnamento sull'obbligo dei primi.

Potrebbe avvenire che l'impegno del quarto fideiussore domandato dal creditore si fosse dato indipendentemente da quello degli altri; in questo caso il discarico di uno dei tre o di tutti e tre non muterebbe punto la condizione del quarto. Tal quistione si deciderebbe secondo i termini e le circostanze del secondo atto.

VIII. — 810. Acciocchè si conosca se quello dei coobbligati, cui si è fatta la remissione che libera pure gli altri, possa agire contro costoro, come lo potrebbe se avesse pagato il debito, è necessario distinguere se la remissione sia stata gratuita, o a titolo oneroso. Se a titolo oneroso, il regresso vi è; se gratuita, non può esservi.

Invero il regresso ha per oggetto il ristoro dovuto al condebitore per ciò che ha pagato onde liberare i suoi coobbligati; ma non essendosi nulla pagato, non può parlarsi di ristoro. Il regresso è un'azione di gestion di negozi che sperimenta il gestore per ricevere le sue spese; ma qui non se n' è fatta alcuna.—Si direbbe invano, (*sembra che* Duranton professi tal dottrina nel n. 227, tomo XI) che essendo la remissione gratuita un dono del credito, quello a cui si è fatta ha contro i suoi condebitori i medesimi dritti che il creditore donante. Evvi in ciò un grosso errore. Senza dubbio, un creditore può donare ad uno dei condebitori il suo credito, e il donatario divien creditore per quella parte di debito che non estinguesi per confusione (art. 1300 (1254)); ma poichè in questo caso il credito è donato, trasmesso al donatario, e continua a sussistere per lui,

(1) Delvincourt (tom. II); Toullier (XII-331); Duranton (XII, 375); Zachariae (II, p. 404).

il debito non si estingue per remissione. Il credito si è ceduto per donazione: fatta la cessione si è estinta una parte del credito *per confusione*, restando l'altra parte, ma il debito non è stato rimesso. L'azione del donatario contro gli antichi coobbligati non sarebbe un regresso, ma il puro e semplice esercizio del credito che esiste sempre. Ed essendovi allora donazione propriamente detta del credito, l' effetto non può prodursi che colle forme speciali delle disposizioni a titolo gratuito. Non bisogna dunque confondere così la donazione del credito, colla semplice remissione anche gratuita.

Abbiam detto che Duranton *sembra che professi* la dottrina da noi confutata. Da una parte egli concede il regresso all'obbligato a cui il creditore *ha donato* il credito *senza le forme della donazione* , il che sarebbe non una donazione propriamente detta, ma una semplice gratuita remissione. Infatti egli dichiara di occuparsi del condebitore solidale a cui è stata fatta la remissione del debito; ma siccome egli nello stesso passo porge *per esempio di una remissione* di debito, prima una *novazione*, e poi un *pagamento* con surrogazione, diventa impossibile in tanto imbarazzo di idee cogliere il pensiero del dotto professore, non sapendosi se abbia voluto parlare d' una donazione propriamente detta, per cui *vien trasferito* il credito, ovvero soltanto d' una liberalità che non è una donazione, e che deriva dallo estinguersi il credito con una gratuita remissione. Checchè ne sia, erronea è l'una e l'altra ipotesi. Imperocchè se egli intende parlare d'una donazione propriamente detta, evvi il regresso , ma sono necessarie le speciali forme ; se poi vuol parlare di una semplice remissione gratuita, non sono più necessarie le forme speciali, ma non può esservi nemmeno regresso (1).

811. Essendo il regresso una domanda

(1) Alle volte quando il creditore avrà usate le forme della donazione fra vivi o del testamento, potrà esser difficile il decidere se egli abbia voluto fare una donazione trasferendo il credito, ovvero una remissione annullandolo, dacchè la sem-

o unico debitore, non vi sarebbe parna quando i quattro obbligati sebbene) un debitore unico, e tre fideiussori rapporti fra loro, son quattro debitori)lido rispetto al creditore, non è imibile nè contrario all' indole dell' atto il creditore liberi della sua parte, cioè nto per un quarto, uno dei quattro de'i (1).

ffinchè la remissione riguardi la parte ; dell'obbligato non basta dunque che editore conosca la condizione rispettiva condebitori in solido, ma è necessario egli voglia estinguere il debito per ta parte reale, il che si giudicherà selo le circostanze. Se la intenzione non) ben determinata, si dovrebbe decideıel dubbio per la parte virile ed appae, dacchè i coobbligati sono gli uni tori e gli altri fideiussori soltanto fra ', e rispetto al creditore son tutti conitori in solido ordinari.

V. — 805. Essendosi fatta la remissione ressa ad uno di più debitori non soli-, l'effetto più o men largo di esso dounicamente determinarsi secondo le)le generali, cioè valutando la intenıe del creditore dai suoi termini che ınno interpretati secondo le circostanze negozio. — Essendo dubbio il senso del'emissione, per il principio che le rizie non si presumono, si riterrà semil senso men largo. Qui non potrebbe licarsi la presunzione legale dello arlo 1285 (1239) stanziata per un desolidale.

'. — 806. Ove il debito sia garentito da iussori, la remissione al debitore libera ıpre e di necessità i fideiussori, non ;ndo l'accessorio sussistere senza il principale.

Al contrario, e per ragione inversa la remissione fatta al fideiussore, come tale, non potrebbe liberare il debitore; ma solo lascerebbe il debito senza fideiussione. — Ma se sorge, o dai termini formali dell'atto, o dalle circostanze nelle quali si è fatto, che la remissione, sebbene fatta al fideiussore, riguardi realmente il debito; se per modo di esempio il creditore, fatta inutile prova contro un debitore principale insolvente, si accordasse col fideiussore rinunciando al credito, mercè qualche vantaggio che quegli gli promettesse (vantaggi che non costituiscono nè un pagamento, nè una novazione), ovvero se il creditore, non ricevendo alcun vantaggio per la sua rinuncia, dichiarasse tener per estinto il debito, avuto riguardo al fideiussore, una siffatta rimessione non sarebbe più personale a quest'ultimo, ma libererebbe tanto lui che il debitore principale.

VI. — 807. Essendovi più fideiussori, la remissione fatta ad uno di loro *non libera gli altri* giusta le ultime parole dell'articolo 1287 (1241). Ma è bisogno che questa regola si spieghi, non avendo quel senso assoluto che parrebbe uscire dai suoi termini.

E primieramente, se la remissione è stata fatta (come noi testè supponevamo per unico fideiussore) in modo che si provi essersi voluto estinguere il debito, e non solo procurare un discarico personale al fideiussore, tutti i fideiussori saranno certamente liberati, essendolo il debitore principale. Ma ove pur si trattasse di discarico puramente personale al fideiussore, non bisognerebbe credersi che desso sia ineffi-

) L'argomento di Delvincourt supporrebbe che ;bitori in solido alcuni dei quali sono i fideıri rispetto agli altri, cessino di esser debitori olido perchè la loro condizione è nota al crerc! Il che farebbe dire che colui il quale co;e anticipatamente la condizione di due persone ;ui una si obbliga nell'interesse dell'altra, non efficacemente ricevere la obbligazione in so- ı di ambedue.

a soluzione di Delvincourt censurata da Toul- (VII, 329 nota 2), ha dovuto esserlo più larıente da noi, essendo stata riprodotta come un punto non più controverso in un'opera molto diffusa fra gli allievi delle facoltà. — In essa si allega in sostegno l'art. 1863 (1735) che non c'entra affatto, ma che in ogni caso proverebbe il contrario di quel che si vorrebbe. Infatti l'articolo dichiara che quando alcuni socii di cui sono ineguali le porzioni, contraggono una obbligazione comune per la loro società, son tutti tenuti in *eguali parti*, se il contratto non contenga una clausola *speciale*, per cui ognuno resti obbligato per la parte che realmente ha nella società.

il debito non si estingue per remissione. Il credito si è ceduto per donazione: fatta la cessione si è estinta una parte del credito *per confusione*, restando l'altra parte, ma il debito non è stato rimesso. L'azione del donatario contro gli antichi coobbligati non sarebbe un regresso, ma il puro e semplice esercizio del credito che esiste sempre. Ed essendovi allora donazione propriamente detta del credito, l' effetto non può prodursi che colle forme speciali delle disposizioni a titolo gratuito. Non bisogna dunque confondere così la donazione del credito, colla semplice remissione anche gratuita.

Abbiam detto che Duranton *sembra che professi* la dottrina da noi confutata. Da una parte egli concede il regresso all'obbligato a cui il creditore *ha donato* il credito *senza le forme della donazione*, il che sarebbe non una donazione propriamente detta, ma una semplice gratuita remissione. Infatti egli dichiara di occuparsi del condebitore solidale a cui è stata fatta la remissione del debito; ma siccome egli nello stesso passo porge *per esempio di una remissione* di debito, prima una *novazione*, e poi un *pagamento* con surrogazione, diventa impossibile in tanto imbarazzo di idee cogliere il pensiero del dotto professore, non sapendosi se abbia voluto parlare d' una donazione propriamente detta, per cui *vien trasferito* il credito, ovvero soltanto d' una liberalità che non è una donazione, e che deriva dallo estinguersi il credito con una gratuita remissione. Checchè ne sia, erronea è l'una e l'altra ipotesi. Imperocchè se egli intende parlare d'una donazione propriamente detta, evvi il regresso, ma sono necessarie le speciali forme; se poi vuol parlare di una semplice remissione gratuita, non sono più necessarie le forme speciali, ma non può esservi nemmeno regresso (1).

811. Essendo il regresso una domanda di ristoro, una azione per riavere le se, bisogna decidere che essendosi una remissione a titolo oneroso, se i grificio per cui è fatta la remissione lesse meno dello ammontare del del il regresso potrebbe soltanto esercitars il valore minore.

IX. — **812.** Non leggendosi nel C quali fossero rispetto ai coobbligati gl fetti del discarico *tacito* dato ad un di in modo diverso dalla restituzione de tolo, osservammo sotto l'art. 1284 (1 che naturalmente si dovranno applicar regole spiegate per la remissione esp sa; salvo che non potrebbe richiedersi espressa riserba, affinchè il discarico d condebitore solidale avesse effetto soltanto per la sua parte, poichè si suppone remissione in cui nulla essendo espr so, i fatti soltanto manifestino la inten zione. — Se dunque porgano le circostanze che il creditore abbia voluto discaricare la sua parte il debitore in solido, i debitori saran liberati per tal parte; si deciderà altresì dalle circostanze, se la pa sia la virile o la reale, che potrebbe sere diversa; — se la remissione è inte gli altri saran liberati pienamente con lui; — se il discaricato è un debitore pr cipale, lo saranno parimente i suoi fi iussori, — se lo sia un fideiussore tale, il debitore resta obbligato, e gli a fideiussori saran liberati per la parte il discaricato aveva nella fideiussione via per le altre regole già da noi svilup pate.

Si osserva da ultimo che a distin la remissione che libera *tutti gli* ob ti, da quella relativa a colui cui si molti scrittori sogliono la prima chia remissione o discarico *reale* (cioè che sulla *cosa* medesima, sul debito) in trapposto alla remissione o discarico *sonale*, il quale *magis eximit* per *debitoris ab obligatione quam* e

(1) Alle volte quando il creditore avrà usate le forme della donazione fra vivi o del testamento, potrà esser difficile il decidere se egli abbia voluto fare una donazione trasferendo il credito, ovvero una remissione annullandolo, dacchè la semplice remissione può farsi per testamento o atto notarile. Questo sarà un punto di fatto, quistione d'intenzione che i giudici decideran interpretando l'atto e secondo le circostanze.

iam *obligationem* (Pothier, cap. 3, articolo 2); Delvincourt, Toullier (VII-329).

1288 (1242).—Ciò che il creditore ha riruto da un fideiussore per liberarlo dalla uzione deve imputarsi nel debito, e portarsi in discarico del debitor principale e degli altri fideiussori.

813. Nel nostro antico dritto fu quistio-, celebre come la chiama Pothier (artilo 2, § 3), se il creditore di un debito allevato da un fideiussore, sia facultato ricevere da costui una somma in prezzo l discarico anzichè per imputarla sul deo.

Pothier secondo Dumoulin stimava esse- ciò lecito quando era temibile la insolntezza del debitore al tempo che si conntiva il discarico, avvegnachè allora la mma data dal fideiussore (e che il cre:ore avrebbe ricevuto oltre a ciò che gli a dovuto se il debito gli fosse interamente igato) fosse il giusto prezzo del pericolo le su di se tolse il creditore. Secondo i era questo un contratto aleatorio in ii il creditore soggettandosi al rischio di ırdere in luogo del fideiussore, aveva il 'itto di farlo con la stipulazione di un ıadagno. Alcuni altri pretendevano esse- siffatta stipulazione contraria all'indole ıl contratto di fideiussione che mira uniımente a garentire il pagamento al cre-tore il quale non può aver mai più di ò che gli è dovuto.

Quest'ultima opinione, troppo severa for-, è consacrata dal Codice, dichiarandosi ıl nostro articolo in modo assoluto che somma pagata da un fideiussore s'imıta sul debito stesso, è quindi una reıissione *reale*, e discarica fino alla conırrenza il debitore, e se ve ne ha, gli tri fideiussori.

814. Non si tenti sostenere (come alına volta si è fatto) che sia questa una resunzione d'intenzione, la quale verrebbe meno di fronte ad una intenzione contraria raccertata, che sia una regola generale che si potrebbe derogare con una particolare stipulazione, riserbando espressamente al creditore i suoi dritti contro il debitore, e attribuendogli la somma come prezzo dei pericoli cui egli si espone. Ciò sarebbe un errore; il legislatore, bene o male, col nostro articolo ha rigettato la antica dottrina di Pothier, come chiaramente scorgesi dalla discussione al consiglio di Stato.

L'articolo censurato *sotto questo aspetto* da alcuni, fu difeso da altri, e alla fine adottato *sotto questo medesimo aspetto*. «Alcuna volta, diceva Berenger, questo patto non è onesto, avvegnachè discaricando il fideiussore si esponesse il creditore in qualche circostanza a pericoli di cui conviene ristorarlo». Treilhard rispondeva che « il creditore mira colla fideiussione alla sicurtà del suo credito; or l'oggetto è compiuto quando egli lo riceve: la disposizione quindi è conforme ai principî della giustizia e allo spirito del contratto di fideiussione ». Da ultimo alla obbiezione di Segur che tal disposizione facilmente si eluderebbe dichiarandosi nell'atto un discarico puro e semplice, Treilhard rispondeva «nulla poter le leggi contro *le frodi*, e l'articolo fu adottato » (Fenet, XIII, p. 87 e 88).

Adunque si sono volute proibire tutte le convenzioni contrarie tanto che son dichiarate *frodi alle leggi*, le quali potrebbero solo avere effetto se restino ignote.

SEZIONE IV.

DELLA COMPENSAZIONE

815. Intendesi per compensazione lo stinguersi insieme due obbligazioni che scambievolmente si soddisfano, perchè il creditore della prima è debitore della se-

conda, nel mentre che il creditore della seconda è debitore della prima. Gli è un fittizio pagamento per cui ognuna delle due parti rilascia da una mano ciò che dovrebbe ricevere dall'altra.

La compensazione è legale o facultativa: legale allorchè col consenso delle quattro condizioni spiegate dagli art. 1289, 1291 (1243, 1245) si compie di pieno dritto, e senza volontà delle parti; facultativa avviene per dimanda di una delle I testi che spiegheremo parlan solo compensazione legale; vi aggiung noi alcune parole sulla compensazione cultativa, la quale produce gli effetti differendo soltanto dalla prima per do con cui si effettua.

1. Della compensazione legale.

1289 (1243). — Quando due persone son debitrici l'una verso l'altra, ha luogo tra esse una *compensazione* che estingue i due debiti, nel modo e nei casi da esprimersi appresso.*

1290 (1244). — La compensazione si fa *ipso jure* per sola operazione della legge, ed anche senza saputa dei debitori. Nel momento in cui i due debiti esistono contemporaneamente, si estinguono reciprocamente fino alla concorrenza delle rispettive lor qualità.**

816. La legge, siccome da noi si è detto, intende qui parlare della compensazione legale, la sola che si operi di pieno dritto all'insaputa dei debitori, per l'immediato effetto delle quattro volute condizioni.

La prima delle quali, indicata dall'articolo 1289 (1243), si è che le due parti sieno realmente debitrici l'una dell'altra. La compensazione non avrebbe effetto se essendovi io debitore di 500 fr., foste voi dell'egual somma creditore non mio, ma del mio pupillo; perchè quantunque spetterebbe a me pagarvi siccome tutore, pure il debito non è mio. Del pari, non vi sarebbe compensazione tra ciò che io devo a una eredità, e ciò che a me deve l'erede beneficiato, dappoichè l'accettazione col beneficio d'inventario non fa confondere i patrimoni, e se io ho per debitore l'erede, non è egli il mio creditore, ma il patrimonio del defunto. Nell'art. 1294 (1248) vedremo applicata questa prima condizione.

Del resto, pria di conoscere le altre condizioni della compensazione legale, vedesi nello articolo 1290 (1244) come non sia necessario che i due debiti abbiano uno ugual valore, di modo che si paghino tutti e due per l'intero; i due debiti, dice l'articolo, si estingueranno fino alla concorrenza delle loro rispettive quantità; il che fa supporre due debiti disuguali, di cui il minore estinguesi del tutto, e l'altro in parte. L'è questa una eccezione alla regola che un creditore non può esser costretto a ricevere un parziale pagamento (art. 1244 (1197)).

1291 (1245). — Non ha luogo la compensazione se non tra due debiti che hanno egualmente per oggetto una somma di denaro, o una determinata quantità

* Massime della C. S. di Napoli.

— Nelle ricompre può venire in considerazione la compensazione per ritenersi che siasi esercitato il diritto corrispondente. 6 mar. 1827.

— Non può aver luogo la compensazione, qualora il debito che si vuol compensare non sia dovuto a colui al quale si vuol la compensazione opporre. 7 nov. 1840.

— Non merita censura la decisione che, dietro l'esame dei documenti, escluda la compensazione di credito e di debito. 12 ag. 1850.

— La compensazione può farsi nella esecuzione del giudicato. 31 ag. 1852.

**La compensazione di un debito ... viene dal giorno in cui si matura, non ... del giudicato di condanna. C. S. di ... sto 1848.

cose fungibili della stessa specie, e che sono ugualmente liquide ed esigibili.

Le prestazioni non controverse di grani o di derrate, il cui valore è regolato dal prezzo de' pubblici mercati, possono compensarsi con somme liquide ed esigibili.*

1292 (1246). — Le dilazioni gratuite non sono di ostacolo alla compensazione.

SOMMARIO

I. La seconda condizione della compensazione legale, è che gli oggetti dei due debiti sieno fungibili fra loro. Osservazioni sui debiti alternativi e sui facultativi.

II. La qualità di fungibili vuolsi specialmente sui debiti di somme determinate; come tali si reputano le derrate il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati: Si dissente da Dalloz e Zachariae: relazione di questa regola con l'articolo 129 *Cod. procedura* (221); *errore di Toullier e Duranton. — Non si segue la regola per quei debiti di cui uno è appunto la causa dell'altro.*

III. Vuolsi per terza condizione, che ciascun debito sia liquido, cioè certo nella sua esistenza, e determinato nella sua quantità.

IV. La quarta condizione, è che ciascuno dei debiti possa esigersi. Pure il termine di grazia non potrebbe impedire la compensazione: questa non può avvenire quando i debiti sieno esigibili per ragion di fallimento. — Rimando all'art. 1298 (1252).

I.—817. Affinchè si compia il compenso legale bisogna, oltre la prima condizione succennata, che i debiti abbiano entrambi per oggetto somme determinate (e le derrate il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati si stimano qui danaro), o altre cose fungibili tra loro; che sieno liquidi; infine esigibili.

E in primo luogo, quantunque il legislatore abbia in questa materia fatta eccezione alla regola, che il creditore non può esser costretto a ricevere soltanto una porzione di ciò che gli si deve, non ha voluto fare egualmente eccezione all'altra regola, che il creditore non può esser costretto a ricevere in pagamento una cosa diversa da quella dovuta. Ed infatti la seconda è molto più importante della prima; perchè invero non havvi un grande inconveniente se il creditore riceva una porzione del suo credito, potendo egli agire immediatamente per ottenere il resto, nel mentre sarebbe assurdo il costringerlo, a modo di esempio, a prendere una biblioteca invece del cavallo che gli è dovuto. Affinchè il reciproco e fittizio pagamento che

* Massime della C. S. di Napoli.

— Tutto ciò che non è liquido può andare anche in compensazione, ove sia liquidabile prontamente. 17 gennaro 1846.

— È censurabile la decisione che dichiari avvenuta la compensazione legale tra un credito liquido ed esigibile, ed un capitale di censo bollare, al tempo in cui la restituzione di quest'ultimo, comunque chiesta dal creditore, ed accordata dal giudice, si trova sospesa nella esecuzione in conseguenza del reclamo fondato sul motivo che il censo medesimo fosse stato trasferito ad un terzo. 26 nov. 1850.

— Gl'interessi sopra somme certe non si compensano con i frutti dovuti per fondi rivendicati, 27 marzo 1852.

— L'esazione di un credito certo e liquido non può sospendersi, onde instruirsi per un credito che si oppone in compensazione. 15 aprile 1852.

— Sebbene la compensazione ha luogo tra debiti liquidi ed esigibili, non debbe però confondersi la compensazione legale che estingue i due debiti *ipso jure*, con la compensazione che il convenuto opponga all'attore in linea riconvenzionale per farsi valere dietro la pronunziazione del magistrato. In questo caso, se la riconvenzionale abbia bisogno d'instruzione, bene il giudice sospende di pronunziare sulla dimanda principale. 2 settembre 1852.

— È censurabile la sentenza che ritiene fatti non veri, ed ammette la compensazione mentre non era dimostrata, e non potea allo stato dimostrarsi, per la minaccia di falso, l'esistenza contemporanea di due crediti egualmente liquidi ed esigibili, 30 giugno 1853.

— La compensazione progressiva della eccedenza della rendita sugl'interessi di un credito garentito da anticresi col credito stesso, non incontra ostacolo in legge, essendo la detta eccedenza anch'essa un debito liquido ed esigibile, 28 novembre 1854.

zioni periodiche di frutti ; avvegnachè in esso si parlasse solo delle *restituzioni di frutti*, cioè dei casi in cui il *possessore* del mio fondo *deve restituirmi* i frutti raccoltine, e che a me appartengono insieme col fondo stesso. Egli in tal caso è tenuto per l'ultimo anno a restituirmi, almeno in principio, i medesimi frutti, supponendosi che li possieda ancora ; se più non li possedesse, dovrebbe pagarne il prezzo. Pagherà poi il prezzo dei frutti degli anni precedenti perchè probabilmente egli non li avrà più, nè fa bisogno che il prezzo sia annotato nei registri; ove nol fosse, sarà stabilito dai periti (artic. 129 (221)). Or che cosa v'è di comune fra questa ipotesi, e quella di chi mi è debitore di una rendita annuale di una certa quantità di ettolitri di frumento, di avena, ec. e che non pagandomi per due o tre anni, può darmi la mia rendita in natura tanto per il primo e il secondo, che per il terzo anno? Se il debitore in quest'ultimo caso non ha conservato il frumento da lui ricolto, mi pagherà con altro. Toullier dunque ha voluto a torto estendere a tutte le prestazioni la regola dettata dall'art. 129 (221) per la *restituzione* di frutti, e tal dottrina fu con ragione rigettata da Duranton: ma vi ha un secondo errore (a cui si accosta Duranton) nel risguardare l'articolo 129 (221) come una eccezione alla regola del nostro secondo paragrafo.

Quell' articolo non si occupa affatto se vi sarà compensazione in questo o in quel caso ; e se colui che deve restituire, va soggetto in un caso al *pagamento* di una somma di denaro, e in un altro di frutti; non vi sarà pagamento effettivo di denaro o di frutti, se non quando il debito non fosse altrimenti estinto, o con la compensazione, o con la novazione, o con qualunque altra maniera. Siccome colui che sarebbe condannato secondo l'art. 129 (221) a pagare una somma al proprietario, non dovrebbe fare alcun reale pagamento, se fosse creditore verso di lui di ugual somma, effettuandosi la compensazione secondo il primo paragrafo del nostro art. 1292 (1246); così non dovrebbe pagar nulla se fosse condannato alla restituzione dei frutti a[...] tanti alla medesima somma second[o ...] blici registri, effettuandosi la com[...] zione giusta il secondo paragrafo [...] stro articolo.

In breve, l'art. 129 (221) Cod. [...] vuol dire *che colui il quale è obbligat[o ...] stituire va soggetto* in un caso ad [...] bito di denaro, e in altro ad un[...] *di frutti*; il nostro articolo dichiar[a ...] *debiti di frutti si compensano co' de[biti di] denaro se i frutti sono annotati n[ei pub]blici registri*. Coteste due regole [...] contraddicono per nulla, non essend[o ...] loro opposte, e quindi l'una non p[uò es]sere di eccezione all'altra.

822. La nostra regola per [...] si [ap]plica a tutti i debiti di derrate, salvo [...] eccezione che esce dall'indole stessa [...] cosa, e che per la sua evidenza [...] intralasciata dal legislatore. Parliamo [...] caso in cui il debito di derrate [...] *per causa* la obbligazione con cui si [...] rebbe compensarla. Allorchè io com[...] voi 50 ettolitri di frumento pagand[o ...] sull'istante, e voi me li dovrete conseg[nare] entro pochi giorni, nissuno di noi potre[bbe] dire nel momento stabilito per la c[...] zione, che non siamo l'uno all'altro [...] tori, e che i nostri due debiti sono r[eci]procamente estinti per compensazione [...] vegnachè una avesse per oggetto una s[om]ma di danaro, e l'altra delle derrate a[n]notate nei pubblici registri. Ciò sarebbe [...] surdo, quanto iniquo. Se la compensazi[one] si compie alla insaputa dei due de[...] e per effetto della volontà presunta [...] legge, bisogna almeno che la volontà [...] sia ragionevolmente impossibile, e c[...] compensazione non annulli il contratto [...] bilito fra le parti. Or non può esser[e ...] differente che io abbia denaro o fr[umento ...] dacchè ho contratto con voi unica[mente] per aver quello e non questo, come [...] avete contratto per aver denaro [...] frumento. — Ma non è perciò nec[essario ...] dire che la compensazione non [...] per un debito di derrate, se ne [...] sieno prestazioni a periodo. La eccezi[one] diverrebbe troppo ampia. Se io [...]

franchi tolti in prestito da voi, e voi
ete obbligato in forza del testamento
ostro padre a rilasciarmi una quantità
umento che secondo i pubblici regi-
equivale alla medesima somma, i due
i si compenseranno.
eccezione adunque restringesi al caso
ue obbligazioni che derivino da un me-
mo contratto in cui una sia appunto
iusa dell'altra.
23. Osserviamo da ultimo che le pa-
del secondo paragrafo dell' articolo,
ono *compensarsi*, non accennano ad
compensazione facultativa, che possa o
ffettuarsi secondo che fosse o no ri-
ita da una delle parti. La compen-
ne in questo come negli altri casi
ati dalla nostra sezione, si fa per se
ia e col concorso delle condizioni ri-
ste; imperocchè il Codice parli della
pensazione legale, e gli articoli 1284-
) (1238-1244) positivamente dichiara-
he, nei casi e nei modi indicati dalla
e, la compensazione si opera di pie-
lritto anche ad insaputa dei debitori.
idi il nostro articolo, per ciò che ris-
da la seconda condizione, vuol dire;
ecessario che gli oggetti dei due de-
sieno fungibili fra loro. E, senza con-
to, son tali le somme di denaro, e in
sto modo si assimilano al denaro le
ate annullate nei pubblici registri, pur-
non sieno dovute per effetto di un
ratto che esclude necessariamente la
pensazione.
II.—824. La terza condizione che vuolsi
la compensazione legale, si è che i
debiti sieno liquidi, cioè certi e deter-
ati nella quantità.
Così non si farebbe la compensazione
ile se uno dei due debiti fosse contra-
o dal preteso debitore, ma già s'inten-
seriamente, perchè se la pretensione
e iniqua e risibile, non produrrebbe
ino effetto, e il giudice rigettandola sta-
ebbe essere realmente liquido il debito,
compensazione essersi compita di pieno
to. Ciò fu positivamente detto nel rap-
to al Tribunato (Fenet, tom. 13, pagi-
363).

Non vi sarebbe nemmeno compensazione se uno dei debiti fosse soggetto ad una condizione sospensiva, dacchè in tal caso il debito non esiste, ma deve nascere avverandosi il fatto preveduto. Essendo la condizione risolutiva, siccome l'obbligazione allora è pura e semplice, e condizionale soltanto la sua risoluzione (vedi sopra articolo 1138 (1092)), e quindi esiste il debito, la compensazione può immediatamente avere effetto; ma se appresso, avveratasi la condizione, la obbligazione si risolvesse, tenendosi il debito come non mai esistito, si potrebbe agire contro il debitore dell'altra obbligazione, la quale non sarebbe mai esistita.

Infine non si compirebbe la compensazione, se uno dei debiti fosse incerto per la sua quantità, per esempio se dipendesse da una stima o da un conto da farsi; è liquido un debito quando è noto se, e quanto si deve, *an et quantum debeatur*.

IV.—825. La quarta ed ultima condizione della compensazione legale si è, che ognuno dei due debiti sia di presente esigibile.

Dunque, se per uno dei debiti non si avesse azione, come per un debito di giuoco, non si potrà far compensazione, avvegnachè legalmente non potesse in verun tempo esso richiedersi. Parimente, se fosse una rendita, potranno compensarsi legalmente le annualità, ma non il capitale che non può richiedersi. Se il debito non possa al presente riscuotersi, val dire se è soggetto ad un termine non per anche corso, non potrebbe farsi egualmente la compensazione legale, tranne che non fosse un semplice termine di grazia accordato dal giudice al debitore in forza dell' articolo 1244 (1197). Infatti questo termine si è dato, perchè il debitore non poteva soddisfare il suo debito; ma il pagamento diviene la cosa più facile del mondo se deve compiersi senza dar nulla il debitore.

826. Non offrono alcuna difficoltà tali diverse soluzioni. Ma che si deciderebbe se una obbligazione che potrebbe annullarsi, non sia ancora annullata, ovvero se di un debito prescritto non si è per anco

zioni periodiche di frutti ; avvegnachè in esso si parlasse solo delle *restituzioni di frutti*, cioè dei casi in cui il *possessore* del mio fondo *deve restituirmi* i frutti raccoltine, e che a me appartengono insieme col fondo stesso. Egli in tal caso è tenuto per l'ultimo anno a restituirmi, almeno in principio, i medesimi frutti, supponendosi che li possieda ancora ; se più non li possedesse, dovrebbe pagarne il prezzo. Pagherà poi il prezzo dei frutti degli anni precedenti perchè probabilmente egli non li avrà più, nè fa bisogno che il prezzo sia annotato nei registri; ove nol fosse, sarà stabilito dai periti (artic. 129 (221)). Or che cosa v'è di comune fra questa ipotesi, e quella di chi mi è debitore di una rendita annuale di una certa quantità di ettolitri di frumento, di avena, ec. e che non pagandomi per due o tre anni, può darmi la mia rendita in natura tanto per il primo e il secondo, che per il terzo anno? Se il debitore in quest'ultimo caso non ha conservato il frumento da lui ricolto, mi pagherà con altro. Toullier dunque ha voluto a torto estendere a tutte le prestazioni la regola dettata dall'art. 129 (221) per la *restituzione* di frutti, e tal dottrina fu con ragione rigettata da Duranton: ma vi ha un secondo errore (a cui si accosta Duranton) nel risguardare l'articolo 129 (221) come una eccezione alla regola del nostro secondo paragrafo.

Quell' articolo non si occupa affatto se vi sarà compensazione in questo o in quel caso ; e se colui che deve restituire, va soggetto in un caso al *pagamento* di una somma di denaro, e in un altro di frutti; non vi sarà pagamento effettivo di denaro o di frutti, se non quando il debito non fosse altrimenti estinto, o con la compensazione, o con la novazione, o con qualunque altra maniera. Siccome colui che sarebbe condannato secondo l'art. 129 (221) a pagare una somma al proprietario, non dovrebbe fare alcun reale pagamento, se fosse creditore verso di lui di ugual somma, effettuandosi la compensazione secondo il primo paragrafo del nostro art. 1292 (1246); così non dovrebbe pagar nulla se fosse condannato alla restituzione dei frutti tanti alla medesima somma second... blici registri, effettuandosi la co... zione giusta il secondo paragrafo ... stro articolo.

In breve, l'art. 129 (221) Cod. ... vuol dire *che colui il quale è obbliga... stituire va soggetto* in un caso al ... bito di denaro, e in altro ad u... *di frutti*; il nostro articolo dichia... *debiti di frutti si compensano* co' d... *denaro se i frutti sono annotati* n... *blici registri*. Coteste due regole ... contraddicono per nulla, non essen... loro opposte, e quindi l'una non p... sere di eccezione all'altra.

822. La nostra regola per ... plica a tutti i debiti di derrate ... eccezione che esce dall'indole ste... cosa, e che per la sua evidenza ... intralasciata dal legislatore. Parlia... caso in cui il debito di derrate ... *per causa* la obbligazione con c... rebbe compensarla. Allorchè io comp... voi 50 ettolitri di frumento paga... sull'istante, e voi me li dovrete conse... entro pochi giorni, nissuno di noi potr... dire nel momento stabilito per la c... zione, che non siamo l'uno all'altr... tori, e che i nostri due debiti sono ... procamente estinti per compensazion... vegnachè una avesse per oggetto un... ma di danaro, e l'altra delle derrate ... notate nei pubblici registri. Ciò sarebbe ... surdo, quanto iniquo. Se la compen... si compie alla insaputa dei due d... e per effetto della volontà presunta ... legge, bisogna almeno che la volontà ... sia ragionevolmente impossibile, e che la ... compensazione non annulli il contratto ... bilito fra le parti. Or non può esser... differente che io abbia denaro o fru... dacchè ho contratto con voi unica... per aver quello e non questo, com... avete contratto per aver denaro. ... frumento. — Ma non è perciò nece... dire che la compensazione non ... per un debito di derrate, se non ... sieno prestazioni a periodo. La ... diverrebbe troppo ampia. Se io ti de...

franchi tolti in prestito da voi, e voi
ete obbligato in forza del testamento
ostro padre a rilasciarmi una quantità
umento che secondo i pubblici regi-
equivale alla medesima somma, i due
i si compenseranno.

eccezione adunque restringesi al caso
e obbligazioni che derivino da un me-
no contratto in cui una sia appunto
usa dell'altra.

3. Osserviamo da ultimo che le pa-
del secondo paragrafo dell'articolo,
no compensarsi, non accennano ad
compensazione facultativa, che possa o
ffettuarsi secondo che fosse o no ri-
ta da una delle parti. La compen-
ne in questo come negli altri casi
ati dalla nostra sezione, si fa per se
a e col concorso delle condizioni ri-
te; imperocchè il Codice parli della
ensazione legale, e gli articoli 1284-
) (1238-1244) positivamente dichiara-
he, nei casi e nei modi indicati dalla
e, la compensazione si opera di pie-
ritto anche ad insaputa dei debitori.
di il nostro articolo, per ciò che ris-
da la seconda condizione, vuol dire;
cessario che gli oggetti dei due de-
sieno fungibili fra loro. E, senza con-
o, son tali le somme di denaro, e in
to modo si assimilano al denaro le
ate annullate nei pubblici registri, pur-
non sieno dovute per effetto di un
ratto che esclude necessariamente la
pensazione.

I.—824. La terza condizione che vuolsi
la compensazione legale, si è che i
debiti sieno liquidi, cioè certi e deter-
ati nella quantità.

osì non si farebbe la compensazione
le se uno dei due debiti fosse contra-
) dal preteso debitore, ma già s'inten-
seriamente, perchè se la pretensione
e iniqua e risibile, non produrrebbe
no effetto, e il giudice rigettandola sta-
ebbe essere realmente liquido il debito,
ompensazione essersi compita di pieno
o. Ciò fu positivamente detto nel rap-
o al Tribunato (Fenet, tom. 13, pagi-
363).

Non vi sarebbe nemmeno compensazio-
ne se uno dei debiti fosse soggetto ad una
condizione sospensiva, dacchè in tal caso
il debito non esiste, ma deve nascere avve-
randosi il fatto preveduto. Essendo la con-
dizione risolutiva, siccome l'obbligazione al-
lora è pura e semplice, e condizionale sol-
tanto la sua risoluzione (vedi sopra articolo
1138 (1092)), e quindi esiste il debito, la
compensazione può immediatamente avere
effetto; ma se appresso, avveratasi la condi-
zione, la obbligazione si risolvesse, tenen-
dosi il debito come non mai esistito, si po-
trebbe agire contro il debitore dell'altra ob-
bligazione, la quale non sarebbe mai esi-
stita.

Infine non si compirebbe la compensazio-
ne, se uno dei debiti fosse incerto per la
sua quantità, per esempio se dipendesse da
una stima o da un conto da farsi; è liquido
un debito quando è noto se, e quanto si deve,
an et quantum debeatur.

IV.—825. La quarta ed ultima condizio-
ne della compensazione legale si è, che
ognuno dei due debiti sia di presente esigi-
bile.

Dunque, se per uno dei debiti non si aves-
se azione, come per un debito di giuoco,
non si potrà far compensazione, avvegna-
chè legalmente non potesse in verun tem-
po esso richiedersi. Parimente, se fosse
una rendita, potranno compensarsi legal-
mente le annualità, ma non il capitale
che non può richiedersi. Se il debito non
possa al presente riscuotersi, val dire se è
soggetto ad un termine non per anche
corso, non potrebbe farsi egualmente la
compensazione legale, tranne che non fosse
un semplice termine di grazia accordato
dal giudice al debitore in forza dell'arti-
colo 1244 (1197). Infatti questo termine
si è dato, perchè il debitore non poteva
soddisfare il suo debito; ma il pagamento
diviene la cosa più facile del mondo se
deve compiersi senza dar nulla il debitore.

826. Non offrono alcuna difficoltà tali
diverse soluzioni. Ma che si deciderebbe
se una obbligazione che potrebbe annul-
larsi, non sia ancora annullata, ovvero se
di un debito prescritto non si è per anco

opposta la prescrizione? Generalmente si decide (1) che non vi sarà compensazione, e a tal sentenza noi ci accostiamo. Un debito non estinguesi di pieno dritto, compita la prescrizione, e il debito che può annullarsi rimane valido, finchè non sia stato pronunziato l'annullamento; ma siccome si è sempre ammesso e nel Romano e nel nostro antico dritto, che non si potranno compensare i debiti contro i quali una perentoria eccezione può opporsi dal debitore, (antica regola che i nostri compilatori non vollero certamente mutare), dobbiamo credere che per debiti esigibili si son compresi quelli il pagamento dei quali può efficacemente richiedersi. Del resto, la quistione è poco importante in fatto, e qualunque sia la opinione che si adotti, sarà sempre uno il risultamento. Infatti, una obbligazione che può annullarsi e di cui non si è pronunciata la nullità, rimanendo valida, deve essere pagata se non si compensa; se si fa annullare, essa sarebbe come non mai esistita, per modo che la compensazione che si pretendesse compiuta, sarebbe come non avvenuta, e toglierebbe che si potesse dimandare il pagamento dell'altro debito.

Così, possa o no compensarsi il debito soggetto ad annullamento, giungerem[o sem]pre ad un punto, sia o no annullato. [Al]lo stesso, si opponga o no la prescri[zione] di un debito prescritto.

821. Il fallimento di un debitore [ab]bene faccia che tutti i suoi debiti p[ossano] immediatamente riscuotersi (art. 444 [del] Codice commerciale) non fa che si p[ossa]no compensare, rendendo impossibile [qua]lunque pagamento di debiti non real[izzati?] corsi: « Sono nulli e senza effetto, [a tenore del]l'art. 446 (438) Cod. com. tutti i pagamen[ti] in ispecie o per trasporto, vendita, com[pen]sazione, o altrimenti per debiti non [sca]si ». Così il debito che può esigersi d[opo] il fallimento, non si potrà compensare [col] debito che può esigersi da un debitore decaduto dal termine che ei godeva, perchè è fallito, o ha scemato le facoltà date al creditore (art. 1188 (1141)), potrebbe compensarsi; ma si noti che se il magistrato non dichiara corso il termine, [non] può esigersi e quindi non vi può esse[re] compensazione.

Vedremo sotto l'articolo 1298 (12[..]) un'altra conseguenza della regola che [ognu]no degli altri debiti possa di presente riscuotersi.

1293 (1247). — La compensazione ha luogo qualunque sieno le cause dell'uno o dell'altro debito, eccettuati i seguenti casi:

1° quando si domanda la restituzione di una cosa di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato;

2° quando si domanda la restituzione del deposito o del comodato;

3° quando si tratta di un debito che ha per causa alimenti dichiarati non soggetti a sequestro.

SOMMARIO

I. Con le sopraddette condizioni la compensazione ha luogo in qualunque circostanza, eccettone quattro eccezioni.

II. La prima risguarda la restituzione di una cosa di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato.

III. La seconda la restituzione di un deposito irregolare; ma non potrebbe estendersi al prestito ad uso. L'articolo fu mal compilato; errore di Toullier, Duranton e Delvincourt.

IV. La terza risguarda tutti i debiti di cose soggette a sequestro: la disposizione dell'articolo è troppo ristretta.

V. La quarta ha luogo quando una parte ha rinunziato anticipatamente alla compensazione: errore di Toullier.

(1) Merlin (*Rep.* alla parola *Compensazione*, § 2, n. 9); Dalloz alla parola *Obbligazione* (cap. 3, sez. 4, art. 1); Zachariae (2, p. 409).

I.—828. Secondo il già detto nel numero II del precedente articolo, non dovrebbe prendersi alla lettera la disposizione del primo paragrafo del nostro articolo, giusta il quale non dee aversi riguardo alla causa delle due obbligazioni, per conoscere se vi sia luogo a compensazione. Abbiam visto non potersi fare compensazione fra due debiti derivanti da un medesimo contratto bilaterale, in cui ognuno di essi sia causa dell'altro. Ma tranne questo speciale caso, la regola è verissima, o s'intendano le parole *causa della obbligazione* nel senso tecnico, e per il motivo immediato della obbligazione (vedi sopra art. 1108, 1131 (1062, 1085)), ovvero pei motivi primi ed immediati che han tratto il debitore ad obbligarsi, o infine si applichino alle diverse sorgenti (contratti, quasi-contratti, delitti, ecc.) della obbligazione. Concorrendo le quattro condizioni dianzi indicate, la compensazione avviene senza altro.

Nondimeno la legge fa tre eccezioni, a cui ne aggiungiamo una quarta così evidente, che non facea mestieri scriverla nella legge, cioè 1° per l'obbligazione di restituire una cosa di cui il proprietario è stato spogliato; 2° per quella di restituire un deposito; 3° per un debito di cose insequestrabili; 4° in fine per quello di cui il debitore avrebbe anticipatamente rinunziato alla compensazione.

II. — 829. 1° Quando una delle obbligazioni risguarda la restituzione di una cosa di cui il proprietario è stato ingiustamente spogliato, *sine jure*, non coll'autorità della legge, il legislatore, onde punire l'usurpatore, vuole che l'oggetto sia restituito in natura, colla consegna effettiva della cosa e non con equivalente; salvo che colui che riconsegna si farà pagare l'oggetto simile che gli è dovuto. Così se il mio vicino mi ha rubato dal mio granajo due sacchi di frumento, e giorni dopo io (o per un legato fattogli dal mio autore, o perchè io succeda al suo debitore) ne debbo altrettanti; non perciò vi sarà compensazione; il ladro dovrà restituirmi il grano rubatomi, salvo a riceversi da me lo stesso frumento onde pagarsi il suo credito: *spoliatus ante omnia restituendus*.

III. — 830. 2° Se devesi restituire una cosa data in deposito, il depositario è ugualmente obbligato a farne l'effettiva restituzione, la legge gli nega di poter compensare il suo debito con quello che ei potrebbe pretendere dal deponente. Di più è chiaro, come fa osservare Pothier (§ 1, § 2), che tal seconda eccezione non può valere per l'ordinario deposito, ma solo per lo irregolare in cui il danaro o altri oggetti depositati avrebbero potuto confondersi dal depositario coi suoi, restituendo dipoi non le cose stesse, ma altre simiglianti. Se si dovesse identicamente restituire la cosa depositata, il debito avrebbe allora per oggetto un corpo certo; in conseguenza non potrebbe farsi la compensazione che si fa soltanto pei debiti di cose fungibili, nè potrebbe eccettuarsi dalla regola un caso che non vi sarebbe compreso. Tale osservazione basta a far comprendere quanto sia viziosa la disposizione del nostro articolo che dichiara di eccettuare dal principio della compensazione la restituzione del *prestito ad uso*. Il prestito ad uso può aver solo per oggetto un corpo certo e determinato, perchè la cosa prestata deve essere riconsegnata identicamente *in ipso individuo* (art. 1875, 1877 (1747, 1749), e se invece della cosa tolta in prestito si potesse darne un'altra, non sarebbe più un prestito ad uso, un comodato, sibbene un prestito di consumo, un *mutuum*, art. 1892, 1893 (1764, 1765). Ma poichè l'oggetto del comodato è necessariamente un corpo certo, ed individualmente determinato, la compensazione è solo possibile pei debiti di cose fungibili, dunque non regge il principio della compensazione, nè per conseguenza la eccezione; non avendo alcun senso le parole *e del prestito ad uso* qui poste per la confusione fatta dai compilatori tra le cose fungibili, e quelle che con l'uso consumansi debbono cancellarsi (vedi art. 536, n. 2 (461)).

831. Toullier (VII-363) e Duranton (XII-448) pretendono spiegare questa parte dell'articolo, con dire che il comodato può

qualche volta avere per oggetto cose fungibili, ed in conseguenza compensabili; e ne recano ad esempio un cassiere che dovendo essere soggetto alla verificazione della cassa, farebbe prestarsi *ad ostentationem tantum* alcuni sacchi di denaro da restituir poi identici. In tal caso, dicono essi, la cosa prestata ad uso è compensabile, dappoichè essa è denaro, quindi non è inutile la ultima eccezione del n. 2 dell'articolo 1293 (1247). Palpabile è l'errore di tal pretesa spiegazione. Dovendo la cosa qualunque essa sia, restituirsi identicamente, e senza potersi da altra *sostituire*, essa non è fungibile, non compensabile; dappoichè le cose sono appunto fungibili perchè l'una può coll' altra sostituirsi, la compensazione è un pagamento che si effettua non con la cosa che mi è dovuta, ma con quella che vi sostituisco. Delvincourt avea cercato di spiegare tal disposizione con dire che il legislatore avea inteso parlare del caso in cui chi toglie in prestito, perduta o distrutta la cosa, dovrebbe restituirla in denaro. È ciò un errore; perchè se chi prende denaro in prestito ovvero un depositario, sono debitori non più della cosa depositata o prestata, ma di una semplice quantità di denaro, potrebbe farsi la compensazione, ed il nostro articolo non sarebbe applicabile. Bisogna dunque riconoscere che qui non entra il prestito ad uso di cui Pothier non fa parola, ed i compilatori non ne hanno parlato per disaccortezza o per l'analogia scorta fra il prestito e il deposito che rinvenivasi in Pothier.

IV.—832. 3° Il compenso, essendo un pagamento che può adempiersi all'insaputa e contro la volontà dei debitori, non è più possibile nel caso in cui uno dei debitori non potrebbe esser costretto ad un effettivo pagamento. Adunque quando la somma che mi dovete non può sequestrarsi tra le vostre mani dai miei creditori, non potrebbe compensarsi nè anco con quella che io vi dovrei; dappoichè la compensazione produrrebbe contro di me ed a vostro vantaggio, che sia sequestrata una cosa insequestrabile; che io pagassi di forza una somma che non posso essere costr[illegible] pagare. Ciò fu espressamente detto al[illegible] legislativo nella discussione del nostro [illegible] colo (Fenet, tom. XIII, p. 213).

Secondo questo principio la terza [illegible] zione del nostro articolo va espres[illegible] un modo troppo ristretto e per dopp[illegible] tivo. Essa parla soltanto degli alimen[illegible] *chiarati* insequestrabili; ma l'articolo [illegible] 4° (671). C. proced. ha reso inseque[illegible] bili tutte le disposizioni a titolo di a[illegible] anche allora che il disponente non [illegible] avesse dichiarato, di modo che [illegible] sposizioni sarebbero sempre insequestr[illegible] se non perchè tali li dichiara il disp[illegible] almeno perchè tali li fa la legge. [illegible] lato, questo istesso art. 581 (6[illegible] come vi sieno altri debiti insequestrabi[illegible] oltre gli alimenti: or tutti i [illegible] questrabili non possono affatto compens[illegible] Del resto, come l'art. 582 (67[illegible] indica alcuni casi particolari in cui [illegible] no sequestrarsi le cose che in pr[illegible] non lo potrebbero, il debito in quest[illegible] non essendo più insequestrabile, potr[illegible] perciò compensarsi.

V.—833. 4° La quarta ed ultima [illegible] cezione al principio della compensa[illegible] di pieno dritto, avviene allorchè le [illegible] vi hanno in pria rinunziato, espressam[illegible] o implicitamente.

Toullier (VII-393) pareggiando [illegible] pensazione alla prescrizione, ci inse[illegible] tersi rinunciare al beneficio d[illegible] pensazione già fatta, non ad un[illegible] dichiarandosi non compita (artic[illegible] (2126)). Non è evidentemente ine[illegible] tale sentenza? Ognuno essendo [illegible] principio e per comun dritto di [illegible] re, sì pria che *a posteriori* ai [illegible] suo vantaggio stabiliti, le dispo[illegible] vietano di rinunciare o a una pre[illegible] non compita o ad una successione [illegible] aperta, sono eccezioni derivate da [illegible] ordine pubblico. Per la compensa[illegible] vi è alcuna eccezione di tal fatt[illegible] teva esservene, perciocchè ella [illegible] mente siasi introdotta per ragio[illegible] resse puramente privato. Così [illegible] Zachariae (11, p. 413); e la s[illegible]

e che ci sia nota sulla quistione l'ha giudicato in un caso in cui la rinunzia era puramente tacita (1).

294 (1248).—Il fideiussore può ope la compensazione di ciò che il cre'e dee al debitore principale : ma il tore principale non può opporre la pensazione di ciò che il creditore debbe al fideiussore.

E similmente il debitore solidale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore dee al suo condebitore.

SOMMARIO

'articolo è mal compilato.—Il debito del creditore verso il suo debitore principale opera la compensazione e libera quindi il fideiussore. Il debito del creditore verso il fideiussore opera la compensazione, quando il fideiussore è divenuto debitore dopo essersi discusso il principale debitore.

Essendo l'obbligazione in solido, la legge riguarda come realmente debitore del tutto quello degli obbligati da cui il creditore vuol esser pagato.

III. Ma la compensazione avverrà sempre in vantaggio di qualunque debitore in solido per la parte del condebitore contro cui non si agisce.

IV. Il fideiussore obbligatosi in solido deve riguardarsi, quanto alla compensazione, non come fideiussore, ma come condebitore in solido. Errore di Toullier e di Duranton.

— 834. In quest'articolo si applica plicemente la regola, che non può i la compensazione che per le obblioni di persone che sono realmente deici le une delle altre ; ciò abbisogna naggiore sviluppo.

ssendo un debito garentito da un fideore, l'obbligato principale è il solo concui vi sia immediatamente un debito o ; la obbligazione del fideiussore è lizionale, poichè egli è obbligato a pa- il debito, allorquando si agisce invacontro il principale debitore. Pertanto l creditore che nello stesso tempo è tore del principale obbligato, agisce ro il fideiussore; questi può dirgli: « il ro credito si è estinto di pieno dritto pensandosi con ciò che voi stesso dote al vostro debitore; il quale non è vostro debitore , nè io fideiussore ». ostro articolo nel dire che il fideius- può *opporre la compensazione* di che è dovuto al debitore, non intenche il fideiussore può far valere la pensazione, ma che può invocare e far provare la compensazione operata di o dritto. Quando invece si agisce contro il principale obbligato, e il creditore è debitore del fideiussore , il principale obbligato non può parlare di compensazione operatasi tra il suo creditore e il suo fideiussore, dappoichè egli, non quello, è il debitore del creditore. Ciò vuol dire il nostro secondo paragrafo nel quale non rettamente si sono usate le parole *opporre la compensazione*. Invece di dire che il compenso potrebbe essere opposto in un caso e non in un altro, bisognava dire che il compenso *ha luogo* in un caso, e *non ha luogo* in un altro.

835. Se poi il creditore che è debitore del fideiussore, dopo avere inutilmente agito contro l'obbligato principale, persegue il fideiussore, questi potrà ancor dirgli che bisogna far compensazione ; perchè non pagando il debitore principale si è compita la condizione per la quale egli dovea esser debitore del creditore , ed in conseguenza i due debiti reciproci si sono compensati. E quando il debito è estinto in tal modo per compensazione, per l'azione diretta contro il fideiussore, il principal debitore è liberato verso il creditore, e questi che è stato pagato per la com-

Bordeaux, 7 marzo 1831 (Dev., t. del 1831, II, 250).

pensazione che si è fatta dal fideiussore, non potrebbe tornare ad agire contro il debitore ; il creditore essendo allora pagato, non vi è più azione oltre quella del fideiussore contro il debitore di cui è stato pagato il debito. Pertanto, dichiarando il secondo paragrafo del nostro articolo che il debitore non può opporre la compensazione (cioè non può pretendere che si effettui una compensazione) per ciò che il creditore doveva al fideiussore , intende parlare del solo caso in cui, prima che contro il fideiussore, si agisce contro il debitore principale, e non già del caso in cui, fatto inefficace esperimento contro il debitore, il fideiussore perseguito alla sua volta sarebbe divenuto debitore ed avrebbe procurato una compensazione, in onta alla quale il creditore vorrebbe proceder nuovamente contro il debitore già liberato verso di lui.

In breve, il debito del creditore verso il debitore principale necessariamente e sempre dà luogo alla compensazione ; al contrario, il debito di lui verso il fideiussore vi dà luogo solo quando il fidejussore è realmente divenuto debitore, riuscita inefficace l'azione diretta contro il principale obbligato. Ma fattasi la compensazione, non importa il come , possono bene allegarla tutti quelli che erano obbligati al debito, avvegnachè, questo estinto, fossero tutti liberati.

836. Si noti che se il creditore, debitore del fideiussore, agisse contro costui prima che contro il principale obbligato, non potrebbe farsi la compensazione *legale*, perchè allora il fideiussore non è tenuto a pagare, potendo far discutere i beni del debitore (art. 2021 (1893)), e quindi non si è compita la condizione , per cui doveva essere debitore; e se il fideiussore, anzichè il beneficio della discussione, opponesse la compensazione di ciò che il creditore deve a se stesso, allora potrebbe farsi la compensazione *facultativa*, la quale si opera non di pieno dritto, ma per la domanda del fideiussore, e sarebbero esatti i termini usati dal nostro articolo *opporre la compensazione*.

Parimente essendovi più fideiussori di cui uno sia creditore del creditore, se contro costui si agisse per l'intero, ed egli, anzichè allegare il beneficio della divisione , (art. 2026 (1898)) volesse opporre la compensazione, sarebbe anche questa facultativa.

Del resto, siccome la compensazione facultativa produce i medesimi effetti della legale, così quella che in tal modo si opponesse dal fideiussore o da uno dei fideiussori , libererebbe tutti gli obbligati.

II.—837. L'ultimo paragrafo del nostro articolo, che non era nel progetto e fu aggiunto a domanda del Tribunato (Fenet, XIII, p. 162); sembrava poco conforme ai principî. Esso dichiara , sempre nei termini impropri da noi già notati, che essendo *la* obbligazione in solido, non basta, acciocchè si compie la compensazione, che il creditore sia debitore verso uno dei coobbligati. Senza dubbio, se il creditore agisce contro quello dei debitori in solido ch'è suo debitore, allora si farà la compensazione, e quindi saran liberati tutti i condebitori; ma non se ne farà se si *rivolge* contro qualunque altro dei *debitori. Così la compensazione* non si *opera immediatamente* per essere uno dei condebitori in solido creditore del creditore , ma soltanto per l'azione sperimentata contro il condebitore creditore.

838. Questa regola sembrava, come dicemmo, poco conforme ai principî. *Infatti* in questa materia è principio fondamentale, che la compensazione avvenga di pieno dritto, quando essendo i debiti fungibili fra loro, liquidi, e di presente esigibili, il creditore dell'uno sia realmente debitore dell'altro. Or nella obbligazione in solido, ciascuno dei coobbligati è debitore principale , e quindi sembra che la compensazione avrebbe dovuto compiersi per ciò solo che uno dei coobbligati, non importa chi , fosse creditore del *creditore*. Ma la legge dispone altrimenti , e riprodotta qui la regola, che Pothier avea creduto di trovare nel dritto romano (n. 274), dichiara che a farsi la compensazione non basti quella circostanza. La teoria del Co-

si può presentare in questo modo nza immergerci nei testi romani che non luce alla quistione): Nella obbligazio- in solido ciascuno obbligato è debitore sonale e principale per lo intero debi- cioè che il creditore potrà domandar ero a quello dei debitori che vorrà. somma l'intero non dev'essere pagato *ciascuno* dei debitori, ma da *un solo* essi; sceglierà il creditore quello da cui lia esser pagato. Così il debito soli-, quello in cui l'intero è dovuto *da cia- no* dei vari obbligati, potrebbe più esat- ente definirsi quello in cui l'intero è ato *da quello* degli obbligati, *a cui richiesto dal creditore*. Posto ciò, fin- il creditore non agisce contro alcuno coobbligati, s'ignora quale fra loro sarà itore verso il creditore; e quindi non farsi compensazione legale tra il de- in solido, e il debito verso uno dei bbligati. Quando il creditore indica con sua domanda l'obbligato da cui vuol ri- ere l'intero (almeno per ora, e salvo mutamento secondo l'art. 1204 (1157)); ra delle due cose l'una: o l'obbligato stato indicato è appunto quello di cui ebitore il creditore, e in tal caso si la compensazione, ovvero è un altro, e ra non si fa la compensazione secon- il nostro articolo, perchè il debitore sonale del debito in solido, non è quello ui deve il creditore.

Sarebbe stato meglio rigettare cotesta ile teoria, ammettendo che vi sia com- sazione quando uno dei condebitori in do è creditore del creditore; ma *sta- lex*.

II. — 839. La legge non ammette la npensazione in vantaggio di un debitore solido contro cui agisce il creditore, ciò che è dovuto da quest'ultimo al con- itore; ma da ciò dee forse inferirsi che compensazione nemmeno avvenga per parte e porzione del condebitore-credi- nel debito, ovvero che la disposizio- del nostro articolo abbia voluto riget- la compensazione dell'intero debito? endo Pietro, Paolo e Filippo debitori in ido di 9,000 franchi verso di Tizio, che ne deve altrettanti a Pietro; Paolo, se Ti- zio agisce contro di lui, potrà opporre che la compensazione che non può farsi per l'intero debito, si faccia almeno per il ter- zo, che Pietro deve in ogni caso soste- nere, cotal che il debito è solo di 6,000 franchi?

Si è dubitato (e la ragion del dubbio ha tolto che Zachariae (II, 268) rispon- desse del sì) perchè il principio su cui fondasi il nostro terzo paragrafo, si applica tanto alla compensazione della parte del condebitore-creditore, quanto alla compen- sazione dell'intero, e sembra che debba rigettarsi tanto l'una che l'altra. Riguardan- do la legge come propriamente e diretta- mente debitore del creditore quello degli obbligati contro cui quest'ultimo agisce, ne segue, nella nostra specie, che Paolo è il solo debitore di Tizio, che Pietro certo e in qualunque ipotesi è debitore del suo terzo nel debito rispetto ai suoi condebi- tori e non rispetto al creditore, il quale non ha voluto agire contro di lui; Paolo contro di cui si agisce è solo tenuto del- l'intero verso Tizio, e quindi la compen- sazione per ciò che ad altri è dovuto, non può farsi per l'intero e per qual si sia porzione. Ma sebbene il principio potesse abbracciare questa parziale compensazio- ne, la legge secondo noi non lo ha voluto; non bastando la conseguenza che il testo cava dal principio che non pone, per in- ferire altra conseguenza più remota, più rigorosa, e che nei fatti incontra un osta- colo che per la prima non esiste. Infatti Paolo nella specie nostra obbligato di pa- gare lo intero, compresi i 3,000 franchi che son la parte di Pietro, avendoli già pagato, ed essendo quindi divenuto credi- tore dell'ugual somma verso il suo conde- bitore, potrebbe sequestrare tal somma presso di Tizio, che è debitore di quel- lo, di maniera che Tizio la riceverebbe da una mano, e poi la riconsegnerebbe. Dippiù Pothier medesimo, benchè prima censuri la dottrina di Domat, il quale am- metteva la compensazione per la parte del condebitore-creditore, riconobbe alla fine (*loc. cit.*) doversi cotesta dottrina segui-

re. In vero, qualunque regola contraria farebbe nascere un inutile circolo di azione, per la forza medesima delle cose, e perchè ciascuno dei coobbligati innanzi di essere debitore *in solido*, è *debitore;* innanzi di dovere l'intero per effetto della domanda del creditore, deve necessariamente la sua porzione; e la compensazione di tal parte deve quindi compiersi *ab initio* e prima che il creditore faccai alcuna domanda.

Pertanto non crediamo potersi ammettere nel *silenzio* dei compilatori una regola che alla fine verrebbe meno in faccia ai fatti, e che il medesimo Pothier combattutala in teoria fu costretto ammettere nella pratica. Generalmente si adotta la nostra soluzione (1).

IV.—840. Se i vari coobbligati, debitore principale e fideiussore, si sono obbligati tutti in solido, si applicheranno le regole stanziate per la fideiussione o quelle molto diverse della solidarietà.

Toullier (VII, 376, nota) e Duranton (XII, 423) insegnano che l'obbligato in tal caso deve sempre riguardarsi come debitore principale o fideiussore, ma non mai come debitore in solido; la loro dottrina sembra essere stata confermata da una decisione di Tolosa del 14 ag. 1818.

Cotesta dottrina ci sembra erronea. Gli obbligati son debitori nei loro rapporti *fra loro*, e non rispetto al creditore per cui son debitori in solido; è dichiarato dallo artic. 1216 (1169) che « se il debito in solido riguarda uno dei coobbligati, questi è tenuto dello intero *rispetto a' condebitori* i quali saran riguardati rispetto a lui come fideiussori »; nello art. 2021 (1893) leggesi che quando il fideiussore si è obbligato in solido « lo effetto del suo impegno vien regolato dai *principî stabiliti pei debiti in solido* ». Non si dica pertanto, come fanno Toullier e Duranton, che il fideiussore, il quale si sia obbligato in solido, cessa di esser fideiussore.

Nò; egli lo è sempre *rispetto al coobbligato*, ma non lo è per divenire condebitore in solido *rispetto al creditore*, ciò è detto positivamente nei testi, e dove tacessero sarebbe evidente, poichè il fideiussore *si obbliga in solido* rispetto al creditore. Or la quistione della compensazione non è fra i coobbligati, ma fra il debitore e il creditore.

1295 (1249). — Il debitore che puramente e semplicemente ha accettato la cessione che il creditore ha fatto de' suoi diritti ad un terzo, non può più opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima della accettazione.

La cessione non accettata dal debitore, ma che gli fu notificata, non impedisce la compensazione, fuorchè de' *crediti posteriori* alla notificazione.*

841. Abbiamo avuto il destro di dire che la cessione di un credito è perfetta quando è accettata dal debitore in un atto autentico o gli è notificata (articolo 1690 (1536)). Del resto, o il debitore l'abbia accettato o solamente gli sia stata notificata, la cessione impedirà sempre per lo innanzi qualunque compensazione fra il credito ceduto e quelli che il debitore potrebbe acquistare contro il cedente, dappoichè questi, per la cessione, ha perduto la qualità di creditore che appartiene ormai al cessionario. Il credito ceduto potrebbe unicamente compensarsi con quelli che egli avrebbe contro il cessionario.

Quanto ai crediti che il debitore aveva

(1) Toullier (VI, 733); Delvincourt (II, note); Duranton (XII-130); Rig., 24 dic. 1834 (Dev., 1835, I, 141).

* Il debitore ceduto può bene opporre la compensazione al cessionario del debito suo con un credito che vanta verso il cedente, quando non abbia accettata la cessione. E trattandosi di compenso di avvocato da liquidarsi, ad impedire la compensazione non vale opporre la regola di non darsi compensazione se non tra due crediti egualmente liquidi ed esigibili. C. S. di Napoli, 7 dicembre 1852.

'o il suo creditore prima della cessione questi ha fatto del suo, e che riuni- o, si suppone, tutte le condizioni ri- ite per la compensazione legale, cer- nte che questa si è compita di pieno); quindi il credito ceduto non esisteva uando si cedeva; e il cessionario in con- enza non ha acquistato in principio a dritto contro un individuo che era , ma che non era più debitore. Pure to principio non sempre si applica, e incomincia la spiegazione del nostro olo.

42. Se il trasporto si è fatto soltanto una notificazione al debitore, il prin- o conserva tutta la sua forza, e il tra- to vieta solo qualunque compensazio- ulteriore senza modificare l'effetto di la compiutasi prima. Ciò vien dichia- dal nostro secondo paragrafo. Sareb- pure lo stesso, se il debitore accettasse 'asporto con protesta e riserba, dichia- lo che egli pretende estinto o riguarda ie estinguibile il credito ceduto.

la se accetta il trasporto senza alcuna ervazione puramente e semplicemente, legge ritiene che abbia per ciò rinun- o al beneficio della compensazione già ttuatasi ; e permette quindi al cessio- nario di agire contro di lui come se quella non fosse stata. Il qual dritto del cessio- nario ci sembra doversi ammettere nel caso stesso in cui il debitore non avesse rico- nosciuto il suo credito contro il cedente; dacchè poteva facilmente fare riserbe per ogni caso, e il Tribunato nel proporre la nostra disposizione (che non era nel pro- getto) ha dichiarato in modo assoluto che per la sua stessa accettazione il debitore si riputava rinunziare ad ogni specie di compensazione di ciò di cui il cedente po- teva a lui essere debitore (Fenet, XII, p. 163). È questa la universale dottrina (1).

843. Ma il cessionario potrebbe soltanto agire contro il debitore personalmente, non potendo valersi delle fideiussioni, privilegi ed ipoteche che garentivano il credito ce- duto. Imperocchè, il debitore ha potuto ri- nunciare alla sua propria liberazione, ma non al beneficio acquistato, colla estinzio- ne del debito, ai suoi fideiussori, ai suoi cre- ditori, ec.: il credito che ottiene allora il cessionario è eguale all'antico, ma non è l'antico (poichè è estinto); ma il debitore ha potuto obbligare sè, non i terzi. Ciò, co- me abbiam di sopra veduto, è deciso per un caso analogo, dagli art. 1262, 1263 (1215, 1216).

1296 (1250). — Quando i due debiti i sieno pagabili nello stesso luogo, non può opporre la compensazione altrimenti che beneficando le spese di trasporto al luogo ove deesi fare il pagamento.

844. Se io vi debbo 5,000 fr. pagabili ordeaux , e voi altrettanti pagabili a Pa- i , i due debiti si compenseranno di pie- dritto, come se fossero tutti e due paga- in uno stesso luogo; ma perchè tutte le e sieno perfettamente uguali, e il doppio gamento che fittizio allora avviene , sia ì efficace come i due pagamenti reali, ella delle parti che acquista all'altra un ntaggio maggiore di quello acquistato per , può domandare all'altra la differenza. rtanto , se il corso del cambio di Parigi pra Bordeaux, è del 2 per 100, e quello Bordeaux sopra Parigi dell'1 per 100, voi mi dovrete pagare 50 franchi.—Infatti, perchè tornino a Parigi da Bordeaux i 5 mila franchi che avrei dovuto quivi rimet- tervi (se voi avreste dovuto pagarmi 2 per 100, cioè 100 franchi, dove io, per far tornare a Bordeaux la somma che mi avre- ste pagato a Parigi, avrei pagato l'un per cento, cioè 50 franchi.—Dunque la com- pensazione ne ha fatto risparmiare, a me 50, a voi 100 franchi; quindi voi dovreste consegnarmene 50 perchè le cose fossero nel medesimo stato, che se da una parte e dall' altra si fosse fatto un pagamento reale. Ma questo lieve calcolo a farsi dopo

(1) Delvincourt (t. II), Duranton (XIII, p. 436); Zachariae (II, p. 419).

la compensazione non toglie, che ella si operi di pieno dritto; e Delvincourt e Toullier (n. 400) incorrono in errore, insegnando che la compensazione fosse allora facultativa, ed avvenisse solo, dacchè fosse *opposta* con offerta del necessario sconto. La legge, come abbiamo osservato, non si occupa in nessun luogo della compensazione facultativa.

Senza fallo, la dottrina, e con ragione, distingue la compensazione legale e facoltativa; ma il *testo* del Codice si è occupato solo della prima; non acc[illegible] nella nostra sezione a due classi [illegible] pensazione, e parlando solo dell[illegible] *si opera di pieno dritto* per la [illegible] *za della legge, e ad insaputa* [illegible] *bitori* (art. 1290 (1244)). Le par[illegible] *porre la compensazione* adunque [illegible] stro e in tutti quelli articoli ove [illegible] te, importano, *invocare* la compens[illegible] operata di pieno dritto, giovarsene [illegible] vremo qualche prova nel seguente [illegible] e massime nell'art. 1299 (1153).

1297 (1251). — Quando la medesima persona abbia più debiti da poter compensare, si osservano per la compensazione le stesse regole che si sono stabil[illegible] l'imputazione nell'articolo 1256 (1[illegible]

845. Essendo la compensazione un pagamento per ciascuna delle parti, le si debbono applicare le regole intorno alla imputazione; e siccome la compensazione legale si opera di pieno dritto, e senza la volontà delle parti, così non possono invocarsi qui le regole indicate dagl'articoli 1253, 1255 (1206, 1208) per la imputazione espressamente fatta dal debitore o dal creditore, e si applicheran[illegible] e di necessità quelle poste dall'ar[illegible] (1209) quando nulla si è detto [illegible] tanza. Perciò siamo qui rimandati [illegible] colo 1256 (1209) il che prover[illegible] nella nostra sezione, e specialmente [illegible] precedente articolo si tratta della com[illegible] sazione legale.

1298 (1252).—La compensazione non ha luogo a pregiudizio de'diritti acquistati da un terzo. Quegli perciò che, essendo debitore, è divenuto creditore dopo il sequestro fatto presso di se a favo[illegible] un terzo, non può opporre la compe[illegible] zione in pregiudizio di chi ottenne [illegible] questro.*

846. Essendo la compensazione un pagamento che fa la legge pei due debitori, non può compiersi nei varî casi in cui non potrebbe darsi luogo al pagamento ordinario. Così, non potendo più pagare il debitore che ha ricevuto un sequestro (articolo 1242 (1195)), ne seguita che il debito non si compensi col credito che il debitore potrebbe dappoi acquistare. Così pure, poichè il compratore di un immobile ipotecato, non può soddisfare il prezzo al creditore, dovendo conservarlo pei creditori ipotecari, [illegible] trebbe nemmeno pretendere che [illegible] da lui dovuto si compensasse co[illegible] che potesse avere contro di quello. [illegible] testa regola viene applicata l'altra [illegible] nerale, che possono compensarsi due de[illegible] biti, ognuno dei quali sia al presente esigibile, cioè in tal condizione che il creditore potrebbe immediatamente costringere il debitore al pagamento. Ma nei [illegible] esempî sopraccitati non si può costringere il debitore.

1299 (1253).—Colui che ha pagato un debito che per legge era estinto in virtù della compensazione; volendo speri[illegible] re il credito di cui non ha opposto [illegible]

* È illegale la compensazione dei frutti con gl'interessi, ordinata a pregiudizio de' diritti acquistati dagli altri creditori. C. S. di Napoli [illegible] 1847.

pensazione, non può in pregiudizio de'terzi prevalersi de'privilegi e delle ipoteche che vi erano annesse; purchè non abbia avuto un giusto motivo di ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito.

SOMMARIO

I. Prova di un errore di Toullier notato di sopra. — Si sviluppa il principio dell'articolo, e la eccezione che vi fa.
II. La regola e la eccezione si applicherebbero parimente a quello che invece di pagare il debito compensato, ne avrebbe accettato la cessione.

I.—847. Basterebbe quest'articolo a provare che colle espressioni *opporre la compensazione* il Codice abbia inteso *invocare, far valere* la compensazione *legalmente compita*, dappoichè esso parla di un debitore che non ha *opposto la compensazione* per un debito *estinto di pieno dritto.* Con questo articolo solo si confuterebbe la dottrina contraria di Toullier, di Delvincourt, intorno all'art. 1296 (1250).

Il debitore che, invece di giovarsi della compensazione compita, paga il suo debito estinto, come se ancora esistesse, ha pagato un indebito, e quindi può ripeterlo giusta i termini dell'art. 1235 (1188). Lo può, quand'anche avesse pagato, conoscendo di non dovere, e senza alcun errore, come noi lo abbiamo già dimostrato sotto l'art. 1235 (1188) (n. III, § 3), in cui osservammo che l'art. 1377 (1331) (il quale consente poter solo ripetere colui che ha per errore pagato) parla solo di quello che ha pagato un debito che realmente esiste, ma che non era il suo; mentre l'articolo 1276 (1230) (il quale parla del caso in cui il debito pagato non esistesse, come nella specie nostra) consente che si possa ripetere assolutamente, senza alcuna condizione di errore di colui che paga.

848. Quando il debitore il quale ha pagato a colui che fu suo creditore, un debito estinto colla compensazione del credito che avea contro di lui, agisce dappoi contro costui, egli non pretende questo credito, come potrebbe credersi secondo i termini poco esatti del nostro articolo, sibbene un credito novello, che risulta dal pagamento indovuto, siccome fu da noi visto, e riconosciuto dall'oratore del Governo nell'esposizione dei motivi. Invero l'antico credito del debitore si è estinto come, ed insieme col suo debito, essendosi compensato l'uno coll'altro. È ben naturale quindi non potersi più invocare i privilegi, le ipoteche, le fideiussioni, o tutte le altre garenzie che proteggevano il credito, e che insieme con esso si sono estinte. Pur non di meno la legge fa ricevere tali garenzie in vantaggio del novello credito, e permette che se ne giovassero, come se il primitivo credito sussistesse sempre, quando colui che ha pagato non ha domandato la compensazione per una scusabile ignoranza del credito suo, ad esempio, se il credito derivasse da un testamento conosciutosi dopo fatto il pagamento.—Di certo egli dee provare la ignoranza e la sua legittimità, cose che valuteranno i magistrati. — Bigot Preameneu nello spiegare il nostro articolo avanti il Corpo legislativo ha formalmente dichiarato che il debitore creditore non può giovarsi più dei privilegi o delle ipoteche, perchè « operandosi di pieno dritto, la compensazione ed estinguendo la obbligazione, GLI ACCESSORI di questa altresì si annullano » (Fenet, tom. XIII, p. 285). Basta questo principio a provare che il già detto nell'articolo intorno ai privilegi e alle ipoteche estendesi a tutti gli altri accessori, e finalmente alla fideiussione.

II.—849. La regola e la eccezione del nostro articolo per il debitore-creditore, il quale ha *pagato* il debito estinto per compensazione del suo credito, si applicheranno ugualmente a colui che invece di pagare il debito, ne avrebbe accettato puramente e semplicemente la cessione.

Così se dovendo io 1,000 franchi a Pietro che me ne deve altrettanti, accetto puramente la cessione che del suo credito egli fa a Paolo, e consente di pagare al cessionario di Pietro i 1,000 franchi a costui da me dovuti, quest'ultimo sarà costretto a sua volta di pagare i 1,000 fr. di cui egli era liberato verso di me, come io verso di lui. Se accettando la cessione di un credito estinto fatta da Pietro, io mi obbligo a pagare una egual somma al suo cessionario (art. 1285 (1249)), Pietro nel fare e propormi di accettare la cessione di un credito estinto si obbliga altresì a pagarmi una somma eguale al debito che aveva verso di me, e che si era estinto per compensazione pel credito oggi ceduto. Pure essendo i 1,000 franchi da lui dovutimi un credito eguale all'antico, ma non l'antico, ne segue che io non avrò più le garenzie che l'antico proteggevano.

850. Ma alla regola bisogna fare per questo caso perfettamente analogo, l'eccezione indicata dall'articolo. Se io avessi una giusta causa di ignorare il mio credito, e la compensazione che ha prodotto; se per esempio, il mio credito (ipotecato, mallevato, ec.) derivasse dalla [illegible] un parente di cui per la lontananza [illegible] rava la morte nel punto di accetta[illegible] sione fatta a Paolo, io non dovrò [illegible] sto esser privato del dritto di [illegible] le garenzie annesse al mio credito [illegible] non sarei per il pagamento che [illegible] tuto fare: la benigna eccezione che [illegible] stro articolo attribuisce allo error[illegible] nevole per il pagamento, si farà anche [illegible] cessariamente e *a fortiori* per l'accetta[illegible] ne della cessione. *Infatti*, per la [illegible] alla compensazione che si potrebbe [illegible] care contro un *debito*, *il pagamento* [illegible] rebbe la cosa più energica; invece la [illegible] tazione anche pura e semplice [illegible] debitore fa della cessione del [illegible] tore, potrebbe *intendersi* in questo [illegible] « Consento nè più nè meno di [illegible] spetto al cessionario nella condizione [illegible] cui ero rispetto al cedente, e [illegible] rinunzio ad alcuno dei dritti che [illegible] costui posso avere ». Dunque per [illegible] sposizione forse troppo severa dell'[illegible] 1295 (1249) l'accettazione del [illegible] produce i medesimi ma non mag[illegible] fetti del pagamento.

2. Della compensazione facoltativa.

851. La compensazione facoltativa è quella la quale non potendo avvenire di pieno dritto perchè manca una delle quattro condizioni richieste; si compie per la domanda di uno dei debitori, dappoichè è in facoltà di costui lo effettuarsi quella delle condizioni che prima mancava.

Così 1° se io vi debbo 1,000 franchi puramente e semplicemente, e voi me ne dovrete altrettanti ma con un termine stipulato in mio favore, i nostri due debiti non possono compensarsi di pieno dritto, poichè uno di essi non è esigibile, e voi non potreste costringermi al pagamento; ma se poichè mi domandate il pagamento io dichiaro di rinunziare al beneficio del termine, la compensazione non avrà più impedimenti. 2° Se voi dovete a me quel cavallo determinato, ed io a voi un cavallo, non può farsi compensazione legale, non essendo gli oggetti [illegible] debiti esattamente *fungibili*, [illegible] esser costretto a custodire il ca[illegible] vi devo in luogo del cavallo [illegible] da voi dovuto; ma se quando [illegible] contro di me io dichiaro di [illegible] sciare il cavallo da voi dovuto, i de[illegible] biti saranno immediatamente compensati [illegible] sarà il medesimo come se avessi [illegible] ricevuto il cavallo da voi dovuto e poi [illegible] lasciato. 3° Se essendo vostro creditore [illegible] 2,000 franchi, ho mallevato un debito [illegible] trettanta somma di Pietro verso [illegible] voi agite prima contro di me, che [illegible] il debitore principale, non può farsi [illegible] pensazione legale, non essendo [illegible] *debitori l'uno dell'altro* (art. 129[illegible] n. 1), ma se anzichè respingere [illegible] azione, io vi rispondo con dichiara[illegible] voglio pagarvi abbandonando quel che [illegible]

dovete a me, i due debiti ben si compenseranno. 4° Se infine io son debitore a voi di una somma di 10,000 franchi, e voi a me di una che dovrà essere determinata da una stima facile a farsi o da un conto che può prontamente regolarsi, non vi sarebbe compensazione di pieno dritto, essendo non *liquido* uno dei debiti; ma se quando voi agite contro di me, io domando dal tribunale un breve termine perchè immediatamente si renda liquido il mio credito, e possa liberarmi per compensazione, questo termine dovrà essermi accordato, e la compensazione si farà poi fino alla concorrenza del minore dei due debiti (se non sono eguali). « Quando la lite, si è detto nel consiglio di Stato, si presenterà nelle circostanze proposte (per crediti facili a liquidarsi), il giudice secondo equità accorderà un termine per il pagamento, dando al debitore il tempo di far rendere liquido il credito e compiere la compensazione » (Fenet, tom. XIII, pagina 89).

852. La dimanda di compensazione proposta da un convenuto *affin di respingere o attenuare le conclusioni dello attore* dicesi alle volte *domanda riconvenzionale o di riconvenzione*.

SEZIONE V.

DELLA CONFUSIONE

853. La confusione, riguardata come causa onde estinguesi l'obbligazione, si è la riunione nella medesima persona di due qualità incompatibili fra loro, e per cui rendesi impossibile l' obbligazione. Le due qualità che concorrendo in uno estinguono le obbligazioni, ordinariamente sono quelle del creditore e del debitore. Vedremo però qui sotto non esser sempre così, ed in conseguenza troppo ristretta essere la definizione datane dall'art. 1300 (1254) e da Duranton (XII, n. 467) e Zachariae (II, p. 419), cioè estinzione dell'obbligazione col concorso delle qualità del *debitore e del creditore*.

1300 (1254).—Quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, succede una confusione di diritto, che estingue i due crediti.*

854. Cotesta definizione della confusione non può essere più falsa, e converrebbe meglio alla compensazione. La confusione non estingue due crediti, bensì un solo credito e un debito, per la riunione delle qualità del creditore e del debitore di una sola e medesima obbligazione.

Questa falsa idea del nostro articolo è stata qualche volta riprodotta dalla giurisprudenza, e particolarmente da una decisione della Corte di cassazione. Trattavasi di una vendita stata annullata; ed il venditore, debitore della porzione del prezzo che egli aveva ricevuto, trovandosi reciprocamente creditore del prezzo di oggetti venduti e distrutti dal compratore, avea proposto ricorso in cassazione contro la decisione di (Rouen) che si era negata a compensare i due debiti. La Corte, « attesochè essendo il venditore debitore

* La confusione ha luogo quando son certe nella stessa persona le qualità di debitore e di creditore, e non già l'una certa e l'altra incerta. Corte suprema di Napoli, 1 settembre 1849.

— Estinta la enfiteusi con la confusione del dominio diretto e dell'utile nella stessa persona, non può risorgere sol perchè si faccia la espropriazione a carico del domino pieno con la detrazione de' canoni a favore del primo domino diretto. C. S. di Napoli, 25 sett. 1851.

— La confusione nel senso dell'art. 1254 leggi civili si opera quando si riuniscono nella medesima persona le qualità di creditore e debitore in un modo assoluto, e non accidentalmente ed in tempo e con circostanze le quali punto non impediscono la coesistenza di entrambe le qualità. C. S. di Napoli. 17 febbr. 1852.

del prezzo, e creditore del valore degli effetti tolti, eravi *confusione nella sua persona* sino alla concorrenza », cassò la decisione di Rouen per aver violato il nostro articolo 1300 (1254) (1). Era quello un caso non di confusione, ma di compensazione, e si doveva annullare per aver violato le regole della compensazione.

Dovea dir dunque il nostro articolo, e senza dubbio lo volle dire : una confusione che estingue (in una sola e medesima obbligazione) *i due diritti* attivi e passivi.

Modificata in tal guisa sarebb la proposizione del nostro artico do incontrastabile che concorre lità del creditore e del debitore gue la obbligazione per confusio benchè esatta, la proposizione sempre una non buona definizio l'abbiam detto e diremo, si può es l'obbligazione, benchè le due qu in uno concorrono non sieno di e creditore.

1301 (1255). — **La confusione, che ha luogo nella persona del debitor principale, giova ai suoi fideiussori; quella che succede in persona del fideiussore, non estingue l'obbligazione principale; quella che ha luogo nella persona del cr non giova a'suoi condebitori soli non per la porzione di cui egli e tore.**

SOMMARIO

I. L'articolo mal redatto : non si ha riguardo a colui in cui avviene la confusione

II. La confusione estingue solo i dritti che rende assolutamente impossibili. Applicazione del principio.

III. È troppo stretta la definizione ... nario si dà della confusione.

IV. La confusione può revocarsi; ... la revoca è efficace contro i ter...

I.—855. Le tre regole stabilite da questo, articolo di cui l'ultima è stata espressa nell'art.1209 (1162) e al suo luogo spiegata, sono concepite in un modo troppo ristretto. Importa poco infatti in persona di cui si faccia la confusione, purchè si conosca quali sono le due qualità che si confondono... La confusione di due qualità incompatibili, quelle, per esempio , del creditore e del debitore, può avvenire o in persona del creditore che (come erede , legatario od altrimenti) succede al debitore, o in quella del debitore che succede al creditore ; o finalmente in persona di un terzo che ad un tempo succede al creditore e al debitore. Or in qualunque persona si operi la confusione, l'effetto ne sarà sempre lo stesso.

Invece di dire che « *la confusione che si opera nella* PERSONA *del debitore principale vantaggia il fideiussore* » , dovea parlarsi *della confusione che si opera col concorso delle qualità di* credit... *bitore principale*, fatta astrazione ... sona in cui la confusione si avvera ... mente si dirà delle altre due reg... nostro articolo; e appunto perchè ... sona in cui si fa la confusione è ... rente, il nostro paragrafo parla ... fusione operata nella persona del cr... nel caso in cui, secondo il suo s... dovea dire nella persona del cond... poichè aggiunge « non avvantaggia i *condebitori* per la porzione di cui egli era DEBITORE ». Tant'è; non debbesi badare alla persona in cui confondonsi le ... qualità, ma solo alle qualità.

II. — 856. Gli effetti della confu... son sempre facili a determinarsi ... risultano dalla forza stessa delle ... raccerta un fatto e non si spiega ... di dritto. Il concorso di questa ... l'altra qualità estinguerà necessariamente ...

(1) Cassaz., 13 maggio 1833 (Dev., 33, 1, 668).

ıtti i dritti che non possono più ɪolutamente esistere. Così nella ob- ɪe con fideiussione, allorchè le due di creditore e di principale debi- ɪcorrono nella medesima persona, ɔ principale si estingue (non poten- ser debitore a se stesso); è anche che il debito principale estinguen- ɪi estinguerà anche l' obbligazione ria del fideiussore. Se in vece si lono le qualità del creditore e del ıore, se estinguesi per ciò la fide- e (non potendo mallevare a se stesso ·rio credito) non si estinguerà il de- ·incipale che sussisterà sempre non ato , o mallevato solo da altri (se ciussori vi sieno).—Se si confonde lità di fideiussore con quella di de- principale , senza dubbio si estin· anche la fideiussione (non poten- ɑallevare il proprio debito, come non ı il proprio credito, ma sussisteranno ·e le altre varie garenzie date dal debi- ı dal fideiussore); le ipoteche p. e. iascuno degli obbligati avrebbe con- ɒ, perchè potrebbero ben mantenersi. si riuniscono insieme l'una e l'altra à di fideiussore , come se due, di ːo che garentivano il debito ciascuno ɪn quarto , succedono l'uno all'altro ·o abbiano un terzo per unico succes- non vi sarà confusione, ma sempli- ·nte una soprapposizione di due qua- li cui l'una non distrugge l'altra; per ɔ che in vece di quattro fideiussori ·nsabili ciascuno per un quarto, ve ne ɪno tre di cui uno risponderà per metà; essendo impossibile che la stessa per- garentisca un debito per un primo r un secondo quarto insieme.

ɔ7. Quanto al debito in solido, abbia- spiegato sotto l'art. 1209 (1162) quali li generi la confusione della qualità di litore con quella di condebitore. — Se ue persone, di cui una succede all'al- , o che abbiano un medesimo succes- ː, fossero due condebitori in solido, non ɪndo impossibile che uno stesso obbli- ɒ sostenga rispetto ai suoi coobbligati ː parti del debito , non vi sarà confu- sione rispetto ai condebitori, e quello che ne rappresenta due sarà tenuto a ciò che i due dovrebbero (così se fossero tre, sarà tenuto a due terzi, e l'altro ad un terzo soltanto come prima); ma rispetto al cre- ditore , essendo impossibile che si debba due volte l'intero della medesima cosa, vi sarà confusione, cioè verrà meno uno dei debitori in solido. Così, se il creditore aves- se due debitori in solido, ne avrebbe un solo, cotalchè svanirebbe la solidarietà. Du- ranton dice male « la confusione nulla ope- rare in tal caso » (XI, 222).

Se fosse in solido il credito anzichè il debito, il principio sopra espresso fareb- be di leggieri sciogliere i vari casi che potrebbero presentarsi. Così confondendosi la qualità di concreditore in solido e quello di debitore, si estinguerà solo il credito e il debito per la parte del creditore: come se uno dei tre creditori in solido di 900 franchi succede al debitore (o questi suc- cede a quello, o tutti e due abbiano unico successore) vi sarà un solo debitore di 600 franchi (invece di 900 franchi), e due cre- ditori in solido della medesima somma (e non tre).—Se le due qualità che concorrono sono l'una e l' altra di creditore (se due di tre creditori succedano l' uno all'altro, o abbiano unico successore) la confusione farà che il debitore ha due e non tre cre- ditori in solido , essendo impossibile che una medesima persona abbia dritto due volte all'intero di una medesima cosa, ma pei concreditori fra loro non vi è confu- sione: uno di loro ha dritto a due terzi, come i due creditori da lui rappresentati, non essendo incompatibile che si abbia dritto ad uno e ad un altro terzo, quindi i due dritti si sovrappongono e non si di- struggono l'uno coll'altro.

858. Del resto , la obbligazione estin- guesi per confusione nei limiti in cui concorrono le due qualità incompatibili. Per esempio, se il debitore diventa erede del creditore per una metà, la obbligazio- ne di lui si estingue per metà, rimanendo debitore dell'altra metà verso quello o quelli a cui passa l'altra parte della eredità del creditore defunto. In tutti i casi in cui la

confusione sarà in parte, in parte produrrà gli effetti sopra cennati. — E nemmeno si dirà, che onde avvenga la confusione delle due qualità del defunto e dell'erede, questi debba essere puro e semplice, dacchè per l'accettazione col beneficio i patrimoni si distinguono, e lo erede non rappresenta il defunto (art. 802 (719)).

III.—859. Il fin qui detto, quanto al concorso delle due qualità di *debitore principale* e di *fideiussore*, fa ben conoscere come sia ristretta la definizione che il più degli scrittori han dato della confusione. In fatti, nel caso soprariferito, l'obbligazione si estingue per confusione, cioè concorrendo in uno due qualità incompatibili che si distruggano a vicenda. Questo caso non è compreso nella definizione, che porge la confusione come il concorso delle due qualità di *debitore* e di *creditore*, dunque è troppo stretta.

IV.—860. Annullatasi la confusione che si era fatta, ne vengono meno gli effetti prodotti. Per modo di esempio, se lo erede fa annullare la sua accettazione perchè estorta da violenze, egli, in dritto, non è stato mai erede, e quindi sarà come non avvenuta la confusione che avrebbe potuto avvenire nella sua persona. I crediti di lui contro il defunto, e di questi contro di lui sussisteranno, quali erano prima della accettazione, coi privilegi, fideiussioni o altre garenzie.

861. La confusione può anche [illegible] no per semplice convenzione, [illegible] alcun legale motivo onde annullar[illegible] sa onde ella era nata. Così l'er[illegible] fatto una valida e regolare accetta[illegible] vendere la eredità ad un terzo [illegible] investito dei dritti ereditari [illegible] venditore, vedrà estinguersi i dr[illegible] passivi verso la eredità, mentre [illegible] venditore rinasceranno in pro [illegible] lui tenendosi per non estinti; [illegible] rà tenuto verso il compratore [illegible] che da lui si doveva al defunto [illegible] pratore verso il venditore a [illegible] cui gli era debitore il defunto [illegible] vocazione avvenuta per sempl[illegible] zione, non avrà il medesimo ef[illegible] la avvenuta per esser legalmen[illegible] causa d'onde era sorta la confus[illegible] za dubbio, sarà pienamente ef[illegible] contraenti, ma non potrà far r[illegible] danno dei terzi le fideiussioni [illegible] ed altri dritti che debitamente eran[illegible] La volontà di un solo non [illegible] lare i terzi, e l'erede per suo [illegible] non può far sì che l'accettazione [illegible] tenuta per nulla anche a danno [illegible] e a fin di distruggere il benefici[illegible] ad essi venuto (Duranton XII, [illegible]

SEZIONE VI.

DELLA PERDITA DELLA COSA DOVUTA (E DEI VARÎ CASI IN CUI E' IMPOSSIBILE LO ADEMPIMENTO DELL' [illegible]

862. Sotto l'articolo 1234 (1187) osservammo che il Codice presenta in modo troppo ristretto questa novella causa onde le obbligazioni si estinguono, e che avrebbe dovuto parlare non solo della *perdita della cosa dovuta*, ma in generale dello *avvenimento che renda impossibile il compiersi dell'obbligazione*. Infatti NESSUNO È TENUTO ALLO IMPOSSIBILE: verità da proverbio; or se impossibile mi riesce il consegnarvi il mobile consunto da un incendio, mi riesce del pari impossibile il farvi quella scrittura che vi ho promessa, se per un accidente io perda il braccio o la vista.

Pertanto sotto l'art. 1234 (11[illegible] mo censurato la divisione fatta da [illegible] lier (VII, n. 2, 6), e Durant[illegible] intorno alla materia della [illegible] la quale divisione essi tratta[illegible] *della perdita della cosa*. Toullier [illegible] menda di cotesta omissione nella [illegible] sezione VI con una rubrica che [illegible] cia tutti i casi in cui non può [illegible] la obbligazione, spiegando (n. [illegible] guersi sempre la obbligazione [illegible] per un avvenimento non imputabile [illegible] bitore, riesce impossibile lo adempimento della obbligazione ». Ma Duranton [illegible]

scritto dopo, spiegando la sezione, parla solo della *perdita della cosa dovuta* (n. 488-511).

1302 (1256).—Quando una certa e determinata cosa, che formava l'oggetto della obbligazione, venga a perire, o sia posta fuori di commercio, o si perda in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, se la cosa sia perita o perduta senza colpa del debitore e prima che egli sia in mora.

Quando anche il debitore sia in mora e non abbia assunto a suo carico il pericolo dei casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore, ove gli fosse stata consegnata.

Il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega.

In qualunque modo sia perita o siasi smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha rubata dalla restituzione del valore.

1303 (1257).—Allorchè la cosa è perita, o posta fuori di commercio, o perduta senza colpa del debitore, è questi tenuto a cedere al suo creditore i diritti e le azioni d'indennità, che sulla medesima potrebbe avere.

SOMMARIO

I. Impossibilità di consegnare l'oggetto determinato che si deve. Sviluppo dell'art. 1302 (1256). — *Censura della dottrina di Duranton e Zachariae intorno alla regola che si riferisce al ladro.— L'art.* 1303 (1257) *è inutile.*

II. Le regole degli art. 1302, 1303 (1256, 1257) *si applicano anche al debito alternativo di due oggetti che periscono l'uno e l'altro, e altresì al debito di una cosa indeterminata da prendersi in una classe che perisce interamente.*

III. È impossibile adempiere l'obbligazione che non consiste nella consegna di una cosa.

IV. Quando estinguendosi una obbligazione sussiste la correlativa.

I. — **863**. Essendomi obbligato a consegnarvi il tal cavallo che poi muore, ovvero quella casa che poi vien consumata da un incendio, o quel pezzo di terra che mi è stato tolto per cagion di utilità pubblica, o quella raccolta di curiosi uccelli che sono andati via senza ch'io nulla più ne sapessi, in breve, quando una mia obbligazione riguardi una cosa individualmente determinata, che io non posso più affatto consegnarvi per un sopravvenuto avvenimento, estinguesi la obbligazione per la forza stessa delle cose, non dovendosi pur riguardare se lo avvenimento possa o no a me imputarsi. Ma se lo avvenimento per cui non può più adempiersi la obbligazione, sia a me non imputabile, io sarò pienamente e semplicemente liberato; se mi è imputabile, il debito di corpo certo si muterà in debito di danni interessi. Pertanto, ove il nostro articolo dichiara estinta l'obbligazione, se la impossibilità della consegna del corpo certo derivi da colpa del debitore, intende parlare dell'estinzione pura e semplice che libera assolutamente. — Del resto, acciocchè l'avvenimento che renda impossibile lo adempimento si imputi al debitore, basta, che provenga per fatto di lui, come più volte abbiam detto, e come specialmente vien provato dall'articolo 1245 (1198).

Così, il debitore di una cosa individualmente determinata, è pienamente e assolutamente liberato se egli non può rilasciarla senza nè sua colpa nè suo fatto. Dovrà il debitore provare che l'oggetto è stato distrutto, perduto o posto fuori commercio; se poi il creditore allegasse che la perdita sia provenuta per colpa o fatto del debitore, dovrebbe egli provarlo.

864. La mora costituisce una colpa imputabile al debitore. Pure essa non toglie che la obbligazione resti assolutamente estinta (cioè senza danni interessi), se non quando abbia recato danno al creditore.

Quindi il debitore, presso cui la cosa sia perita per accidente, essendo in mora di consegnarla, ove potrà provare che la perdita sarebbe anche avvenuta presso il creditore, se gliene avesse fatto il rilascio al tempo stabilito, non sarà tenuto a danni-interessi.

865. È inutile il dire che il principio della estinzione assoluta e senza danni-interessi della obbligazione per la perdita (non imputabile) della cosa, si deroghererebbe per una speciale circostanza menzionata nel secondo paragrafo dell' art. 1302 (1256) e per cui si modificherebbe del pari la regola del paragrafo primo. Parliamo del caso in cui il debitore del corpo certo si assoggetta con una speciale convenzione alle conseguenze dei casi che potrebbero sopraggiungere. Di certo, quando il debitore, derogando al principio dell'art. 1138 (1092), ha voluto correre i pericoli della cosa, i casi fortuiti, dovrà pagare al creditore il valore di essa in qualunque modo sia perita.

866. È sorta controversia per l' ultimo paragrafo dell'art. 1302 (1256), il quale dichiara che, ove si debba per cagion di furto un corpo certo, il ladro è tenuto sempre al prezzo della cosa, per qualunque siesi ragione egli non possa più restituirla. Siffatta disposizione toglie certamente che il ladro si possa liberare, benchè provi che la cosa sia perita senza colpa sua (cosa ben giusta, avvegnachè un ladro fosse sempre in mora di restituire la cosa, e il fatto del suo possesso fosse una continua colpa) : ma gli si toglierebbe pure il dritto di liberarsi, ove provasse che la cosa sarebbe perita presso il proprietario, come presso di lui? Toullier (VII, 468) risponde del sì : ma non assegna ragione alcuna. Per l'opposito Duranton (XII. 506) e Zachariae (II, pag. 422, n. 6) dicono del no, per quel principio fondamentale del nostro dritto francese, che nessuno debba mai arricchirsi ai danni altrui.

Cotesta ultima sentenza ci sembra erronea, e crediamo che il legislatore abbia voluto privare il ladro dei benefici portati dal secondo paragrafo non che dal primo del nostro articolo.

Ciò esce dal contesto del Codi[ce] seguente ordine d'idee; dacchè si regola che si rapporta al *ladro* dell'articolo, non dopo il primo p[aragrafo], il che naturalmente fa *riferire* a precedente le parole, *in qualunq[ue] modo la cosa sia perita*, dando più largo significato. Tale interpre[tazione] tanto naturale secondo la grammati[ca] suggellata dalla storia; dappoichè il articolo nei suoi quattro paragrafi ri[produce] le regole nel medesimo ordine svi[luppate] da Pothier (art. III), *il quale* spieg[a] dover qui discutere se la cosa sarebbe perita presso *il creditore* ris[petto a] quelli che l'hanno rubata. Infatti, [...] ragione perchè il *Codice* abbando[ni la] dottrina di Pothier, dappoichè il [principio] di non doversi arricchire a danno [altrui] esagerato da Duranton in favore de[l ladro] riman del tutto salvo per il dubbio [...] che si corre nelle circostanze. Essendo [stato ru]bato posso ben non iscovrire il ladro [e] non riavere più la mia cosa, di cui gli si avvantaggerà. E qual ingiustizia [sa]rebbe che il ladro corresse il rischio [di] pagarmi la cosa, quand'anche fosse [per] perire presso di me, e che io potessi [gua]dagnare potendo anco perdere? Se [...] che gli eventi sono più favorevoli a lui [che] a me, che egli solo ha fatto sorgere [la] nostra reciproca condizione, per [...] e forse per un misfatto, non potremo [giustamente] meravigliarci della regola [per la] quale il ladro a cagion del furto si esp[one] ai casi fortuiti, come qualunque altro [de]bitore potrebbe essere con una specia[le] convenzione, siccome di sopra abbiamo [ve]duto.

867. L'art. 1303 (1257) non ha al[cun] senso nel Codice, e certo per poca ri[fles]sione i compilatori lo copiarono da [Pothier] in seguito delle precedenti disposizioni. [Al suo] tempo, quando chi si obbligava a trasfe[rire un] corpo certo, ne restava proprietario [fino] alla consegna, le azioni di risto[ro] [ver]so al[tri] (che potevan nascere per la perdita della cosa avvenuta prima della conse[gna]) appartenevano al debitore proprietario

non potendo consegnare la cosa, do-
almeno trasferire al creditore le sue
in luogo di quella. Per grazia di
io, se il cavallo dovutomi da Pietro
stato morto per cattiveria del suo vi-
ovvero se il terreno, che facea par-
ll'obbligazione, fosse stato ceduto per
ne di pubblica utilità, Pietro era ob-
o a cedermi l'azione dei danni-inte-
contro il vicino o lo Stato. Ma oggi
l creditore diventa proprietario per lo
o stesso della convenzione, e innanzi
nsegna (art. 1138 (1092)), i dritti,
ti ed azioni, che possono nascere, per-
a cosa sia perita, o fuori commercio,
ano al creditore, nè gli possono essere
lebitore ceduti.—Del resto, il novello
ipio del Codice dà maggiore evidenza
soluzione di Pothier intorno alla qui-
e se, perita la cosa principale, fosse
ra dovuto l'accessorio. Così, se Pietro
; debitore di quel cavallo tutto barda-
morto questo, mi si deve secondo Po-
, la bardatura (non che la pelle istes-
Egli fa con ragione osservare che la leg-
2 del Dig. *de Pecul. leg.* e *l.* 49 *de
at.* 2; le quali quanto ai legati stabi-
ono una regola diversa, non possono es-
; opposte a tal decisione; avvegnachè
itto a nulla il principale oggetto del le-
) nella ipotesi di quelle leggi, innanzi
venisse il giorno del legato (cioè vi-
do il testatore), il legato non può ef-
uarsi, in guisa che lo erede non diviene
itore dell'oggetto legato; mentre essen-
i una convenzione, l'obbligazione che è
fetta *ab initio* deve eseguirsi per tutto
il che rimane della cosa dovuta. Oggi
; fatta appena la convenzione, il credi-
e diventa *proprietario* del cavallo bar-
o, la soluzione è anche più facile; egli
dritto di pretendere la pelle e la bar-
tura; perchè son cose sue: *meum est
od ex re mea superest.* Non si com-
ende come Demante (II, 772) abbia po-
o elevare questo punto a quistione.

II.—868. Le regole già spiegate si ap-
licherebbero altresì per un oggetto non
terminato, ma che faccia parte di un nu-
ero o di quantità determinate che peri-
scono del tutto. Se voi mi siete debitore
di uno dei vostri quattro cavalli bianchi,
i quali tutti periscono; ovvero di cinquanta
ettolitri di frumento ricolto in quel podere
il quale si è bruciato; ovvero venti ari di
terra in quel terreno che vi è stato tolto
per aprirsi un canale; l'oggetto della vo-
stra obbligazione è fuori commercio, co-
me se il cavallo, il frumento o i venti ari
di terra fossero stati scelti e determinati
in *individuo*. Gli è così in un debito al-
ternativo di cui ambidue gli oggetti sono
posti fuori commercio.

Pure le sopraccennate regole debbono
qui applicarsi per una eccezione che ri-
sulta da ciò che, non essendo l'oggetto de-
terminato *in ipso individuo*, il creditore
non è divenuto proprietario: allora non al
creditore appartengono le azioni che pos-
sono esistere riguardo alla cosa, di modo
che la cessione di azioni che non potreb-
be farsi quando l'oggetto è determinato (al
qual caso mal si applica dal testo) si appli-
cherà nel caso di cui trattiamo e di cui
la legge non parla. Così, se al debitore è
stato tolto dallo Stato tutto il terreno di
cui vi era dovuta una porzione di venti
ari, ovveramente l'ettare del bosco e
della casa, di cui alternativamente doveva
a voi l'uno o l'altro, il ristoro dovuto dallo
Stato non potrà domandarsi da voi (non es-
sendo proprietario dei beni tolti dallo Sta-
to) ma solo dal debitore (che poi ne terrà
ragione) tranne che non ceda a voi l'azio-
ne che a lui appartiene.—Altronde, se le
diverse parti del terreno non han tutte lo
stesso valore, e se il ristoro dovuto per
l'ettare del bosco non è uguale a quello
della casa, il debitore potrà dare soltanto
il valore minore, tranne che non spetti al
creditore la scelta del debito alternativo
o dei venti ari.

In tutti gli altri casi di cose indetermi-
nate, l'obbligazione non potrà mai estin-
guersi per la perdita della cosa. Infatti,
se voi mi siete debitore in generale di un
cavallo, non essendo il tale o tale altro,
la obbligazione potrà sempre eseguirsi, dac-
chè invece dei vostri cavalli che possono tutti
morire, ne potrete sempre comprare un

altro e rilasciarmelo : *genera non pereunt*.

III. — 869. Se la obbligazione ha per oggetto non una cosa ma un fatto, potrà sorgere insormontabile ostacolo al fatto non meno che al rilascio della cosa, e il debitore di conseguenza tanto nell'uno che nell'altro non sarà a nulla tenuto. Se debbo fare per voi quel viaggio in Inghilterra, e ne sono impedito dalla mia malattia ovvero dalla guerra che si è dichiarata fra l'Inghilterra e la Francia, per cui sono interrotte le comunicazioni, la mia obbligazione vien meno ; ma se la esecuzione non può più farsi per colpa mia, se lo impedimento è sopravvenuto dopo il tempo in cui avrei potuto e dovuto fare il viaggio, sarò tenuto ai danni ed interessi.— Non si comprende che possa non adempiersi la obbligazione di non fare. Pure se mai avvenisse, se il debitore fosse costretto da violenza a fare ciò che avea promesso non fare, si applicherebbe sempre il nostro principio , e non pagherebbe il debitore danni-interessi per essergli stato realmente impossibile lo adempimento della obbligazione. Per altro si comprende, che se la cosa potesse ben distruggersi, il debitore ciò dovrebbe fare appena riavuta la sua libertà.

IV.—870. L'art. 1138 (1082) in rispetto ad un corpo certo dice, che estintasi una obbligazione per essere stato impossibile il suo adempimento, si estingue del pari la corrispettiva obbligazione. Se io vi era debitore di quel cavallo, e voi reciprocamente di 600 franchi, perito il cavallo senza mia colpa nè fatto, voi mi dovrete sempre i 600 franchi, sebbene voi non possiate nulla pretendere da me. È questa oggi la semplice applicazione di quel principio, che la perdita della cosa de[illegible] sostenersi dal suo proprietario [illegible] *rit domino* , e così decidevasi [illegible] Codice, quando il creditore non [illegible] proprietario per lo effetto della ca[illegible] ne di dare; e ciò era perchè il c[illegible] che aveva per se gli eventi favore[illegible] miglioramento ed aumento di valo[illegible] veva anche soffrire quelli contrari [illegible] terioramento e della perdita ; e qu[illegible] obbligazione del creditore doveva [illegible] come indipendente dalla sorte della [illegible] proca obbligazione.

Ma non potrebbe esser così [illegible] correlativo alla obbligazione di [illegible] obbligazione vostra di andare per [illegible] quel paese, o di fare il mio [illegible] può più eseguirsi e perciò si es[illegible] estinguerà del pari la mia *obblig*[illegible] ciproca di pagarvi 200 franchi, [illegible] tendo qui entrare nè la *idea* [illegible] dritto di proprietà che esista pe[illegible] l'antica degli eventi *reciproci* [illegible] esposto. Se voi vi obbligate a rila[illegible] la tal cosa determinata, *ben si comp*[illegible] che da parte mia un debito immediat[illegible] assoluto ed irrevocabil*mente sia il p*[illegible] del *ius ad rem* che (a prescindere [illegible] vello principio di proprietà) *io acquist*[illegible] cosa; *ius ad rem*, che diverrà poi [illegible] potrà, e per cui io *sosterrò tutti* [illegible] che risultano dalla forza delle co[illegible] se voi vi obbligate *semplicemente* [illegible] piere un fatto , noi intendiamo [illegible] debba il prezzo del *fatto compi*[illegible] della vostra promessa di compier[illegible] gl'impedimenti che *possano sorgere* [illegible] promessa è condizionale per l'indole [illegible] sa delle cose, vi *pagherò se* [illegible] me la tal cosa.

SEZIONE VII.

DELL'AZIONE DI NULLITA' O DI RESCISSIONE DELLE CONVENZIONI

I.—871. Abbiamo già detto doversi accuratamente distinguere l'atto rigorosamente nullo, cioè che legalmente non esiste, da quello che è nullo nel senso improprio della parola, *cioè sogget*[illegible] causa per cui può annullarsi ; [illegible] mini l'atto *nullo dall'atto che* [illegible] *nullarsi*. La nostra sezione si occup[illegible]

›ligazioni che possono annullarsi,
. quelle propriamente nulle e ine-
La qual cosa esce chiara non solo
insieme i testi della sezione, ove
dei casi di violenza, errore, dolo,
là e lesione (nei quali casi il con-
›iste e genera i suoi effetti, salvo
ımento cui va soggetto); ma anche
i dal disegno dell' oggetto del ca-
: della sezione, nella quale si tratta
ima causa onde le obbligazioni si
ono; non si può estinguere se non
esiste: il nulla non può annullarsi.
ıe nella nostra sezione discorresi dei
cui la obbligazione si annulla con
›enza del magistrato.
›sta verità così chiara per se, fu lu-
›nte annunciata nel rapporto al Tri-
: « Acciocchè una convenzione sia
atoria, vi fu detto, non basta che sia
›arenza una convenzione, ma è me-
che lo sia *realmente*. Una causa il-
guasterebbe tanto la convenzione, che
olgere di tempo non potrebbe ren-
valida: *non vi è stato contratto*. Se
nvenzione non avesse oggetto (lecito)
potrebbe mai avvenire che in alcun
o generi obbligazione : *non sarebbe*
neno un contratto.—Gli incapaci di
'arre non possono esser costretti ad
ıpiere i loro impegni , avendo la fa-
ı *di farli annullare*. Ma se rinunziano
l facoltà, ovvero se non la esercitino
: forme e nei termini della legge, *la*
igazione deve essere compiuta. Infine
vi è valido consenso se dato per er-
:, estorto da violenza, o sorpreso per
›. Ma chi pretende essere stato ingan-
› , costretto o sorpreso deve farne la
ova: la è una eccezione di cui deve u-
e, e non usandone, *l'obbligazione resta*
tutto il suo vigore.—L'azione di nullità
li rescissione adunque si applica ai casi
cui la convenzione può produrre una
one » (Fenet, XIII, p. 368, 369).

II.—872. Un tempo distinguevansi due
ecie di azioni che miravano a fare an-
llare ; l' una *di nullità* e l'altra di *re-*
issione. La prima, che avea per causa la
ıntravvenzione alle regole del dritto positivo, si sperimentava direttamente innanzi ai tribunali, e prescrivevasi in trenta anni; quella di rescissione o di restituzione (ad un di presso l'antica *restitutio in integrum* dei Romani), che avea per causa la contravvenzione ai principî dell'equità (errore, dolo, violenza, lesione) poteva esser solo esercitata dalla parte che aveva già ottenuto decreti alla cancelleria reale , e si prescriveva in dieci anni. Oggidì, checchè ne dica Toullier (che ha intorno a ciò idee molto inesatte), coteste due azioni si riuniscono e confondono in una sola, la quale per qualunque causa derivi, si esercita sempre ugualmente e va soggetta alla medesima prescrizione, mirando allo stesso fine, che è quello di annullare la obbligazione. Così dichiarano gli articoli 1110 , 1116 (1064, 1070) che l'errore , la violenza e il dolo, che un tempo eran cause di *rescissione*, lo sono oggi di *nullità* ; e poi l'art. 1117 (1071) vien ripetendo che l' errore , la violenza , il dolo dan luogo *all'azione di nullità o di rescissione* ; e la nostra sezione dichiara di occuparsi non della *azione di nullità* E *dell'azione di rescissione*, non DELLE AZIONI *di nullità e di rescissione*, ma DELL'AZIONE (unica) *di nullità* o *di rescissione*.

III.— 873. Le spiegazioni di Toullier, come abbiam detto, sono molto inesatte; senza tutte notarle ne diremo una che è la più importante e più strana.

Secondo Toullier (VII, 521) il quale si appoggia sul testo dell'art. 1117 (1071), l'azione di nullità sarebbe quella per cui *si raccerta* la inesistenza dell'obbligazione, nulla di *pieno dritto e che non si è mai formata*, massime se vi sia incapacità; e l' azione di rescissione quella per cui si *distrugge* una obbligazione *produttiva di effetto*. Ma in primo luogo, come mai Toullier può far dire all'articolo 1117 (1071) che l'azione di nullità riguarda l'obbligazione nulla di pieno dritto e si distingue dalla rescissione, mentre al contrario l'azione per la obbligazione nulla di pieno dritto è in quell'articolo opposta all'*azione* di NULLITÀ *o di rescissione?* — Come dire che la incapacità sia una causa

di inesistenza della obbligazione, e l'errore, il dolo o la violenza rendano efficaci le obbligazioni fino a che si annullino, egli, Toullier, il quale ha detto il contrario nei nn. 298, 299 ove presenta la obbligazione degli incapaci come produttiva di effetto, e quella ove siavi stato errore, violenza o dolo, come assolutamente inefficace?

Altronde Toullier, dopo dichiarate come *inesistenti* e del tutto inefficaci, ora le obbligazioni degli *incapaci* in contrapposto a quelle in cui v'è errore o violenza, ora *queste ultime* in contrapposto alle prime, più innanzi (n. 551) dichiarerà non esistere affatto *nè le une nè l'altre* in contrapposto agli atti che possono semplicemente risolversi! Coteste tre contraddittorie dottrine, oltrechè sono espresse in termini poco intelligibili (qualificando nel numero 521 la nullità per la *visibilità* del vizio, e la rescissione per la *invisibilità* di esso, il quale benchè sia radicale e tolga che si formi realmente il contratto, non impedisce, essendo invisibile, che si formi apparentemente e produca l'effetto *come se fosse reale*) coteste dottrine diciamo, sono tutte erronee. Nè la obbligazione dell'incapace, nè quella trat rore, violenza o dolo sono mai priamente, inesistenti; elle e sono efficaci fino a che non si an l'azione diretta contro di esse, inoppugnabili scorso il termine (art. 1034 (989)).

Or l'azione che può dirigersi c fatte azioni (e che una volta d azione di nullità ove vi fossero i di rescissione ove si trattasse di violenza o dolo) chiamasi sotto i civile indistintamente or dell'un l'altro nome.

IV.—874. Però, nel caso spe lesione, la legge non dice mai n esclusivamente *rescissione* o n (art. 1305, 1306, 1313, ec. (L. 1267)). Sebbene il legislatore molto importante siffatta distinz chè confonde altrove la *rescissi* nullità, non è incomodo, anzi è l'adoperare distintamente il *nome* per il caso in cui l'atto ha in sè vizio, e quello di *rescissione* per i cui l'atto, perfettamente regolare, re impugnato perchè *reca pregiu* colui che se ne duole.

1304 (1258).—L'azione per annullare o per rescindere un contratto dura dieci anni in tutti i casi ne' quali non sia stata ristretta a minor tempo da una legge particolare.

Questo tempo non comincia a decorrere nel caso di violenza, se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo se non dal giorno in cui sono stati scoperti; e riguardo agli atti delle don ritate fatti senza autorizzazione, s giorno dello scioglimento del ma

Relativamente agli *atti fatti* da detti, il tempo non decorre se giorno in cui è tolta l'*interdizione* guardo a quelli de' minori, non non dal giorno della maggior età.

* Massime della C. S. di Napoli:

—Non è lecito al magistrato di elevare di uffizio mezzi di nullità di contratti. 14 dic. 1822.

— Ove compete azione di esecuzione e di rescissione contro un contratto, scelta l'una vien poi negata l'altra. 30 nov. 1841.

— L'azione di nullità o rescissione d'una convenzione può proporsi nel termine di anni dieci, giusta l'art. 1258 leggi civili; ma questo termine rimane sospeso per la minore età dell'erede del contraente. 26 gennaro 1847.

— La prescrizione dell'azione di rescissione contra la divisione fatta con atto tra vivi dal padre tra i suoi figli, comincia a decorrere dal giorno dell'apertura della successione, e non già da quello dell'atto. 23 dic. 1848.

— La vendita de' beni immobili ... senza la osservanza delle formalità ... legge, non può essere impugnata dal ... il decorrimento di dieci anni computabili ... in cui pervenne alla maggiore età. ...

— La prescrizione decennale per ... rescindere un contratto è applicabile ... solamente, e non già pur anche per ... 17 luglio 1849.

— La disposizione dell'art. 1258 leg... limita ad un decennio l'azione per annullare ... scindere un contratto, è applicabile ...

SOMMARIO

nine dell'azione di nullità è stabilito al ıassimo *di dieci anni.*
do incomincia il termine, specialmente ›*er le divisioni degli ascendenti : errore* !*el maggior numero degli scrittori. — Le* *ospensioni di prescrizioni si applicano a* [*uesto termine: si dissente da Toullier e* *Duranton.*
termine vale tanto per l'azione , che per !*'eccezione; non esiste più la regola* Quae temporalia: *censura della dottrina contraria degli scrittori.*
IV. La prescrizione di dieci anni può soltanto opporsi per le convenzioni che possono annullarsi. *Non si applica alle convenzioni* nulle (*massime a quelle che riguardano una eredità futura : errore di Toullier , Duvergier e Zachariae); nè a quelle che* possono *soltanto* risolversi : *inesattezza di Toullier.*

875. Potendo annullarsi gli atti che nte esistono, ma con qualche vizio, : non si può distruggere ciò che non ›otendo essi ratificarsi, la legge ha una tacita ratifica nel silenzio trop›lungato di coloro che hanno intei furli rescindere, e ha ristretto quingiusti confini il termine in cui poro annullarsi.

›iù questo termine, che nel dritto anrotraevasi spesso a trent'anni, fu rial massimo di dieci anni, a cui nep:mpre giungerà. Così non può domanl' annullamento per lesione se non due anni nel caso dell' art. 1676 :) e dentro tre mesi nel caso dell'artico54 (1726). Ma il termine sarà di 10 quando non sarà altrimenti disposto ına regola speciale.

—876. Il termine consentito per imare un atto incomincia a correre, in ipio, dal giorno in cui l' atto esiste, e che la parte non provi averlo couto più tardi; ma la medesima ragionponeva altre eccezioni che sono inindicate dai paragrafi secondo e terzo ıostro articolo. Così quando l' azione ›er base un vizio del consenso, il ter: deve certamente correre dal giorno in cui il vizio è cessato; se ha per base la incapacità della persona, dal giorno in cui questa è divenuta capace. Fino a quel punto non si è potuto agire: *contra non valentem agere, non currit praescriptio.*

Il termine pertanto incomincerà a correre, essendovi stata violenza, dal giorne in cui sarà cessata; essendovi stato errore o dolo, dal giorno in cui saranno conosciuti; per un interdetto, dal giorno in cui sarà tolta la interdizione; per colui che è soggetto a un consulente giudiziario, dal giorno in cui cesserà il divieto di procedere senza di quello; per il minore, dal giorno in cui sarà maggiore; per la donna maritata, dallo scioglimento del matrimonio.

Ma che decidere se il marito o i suoi eredi avessero interesse a chiedere lo annullamento dell' atto consentito dalla moglie senza autorizzazione (art.225 (214), n. IV)?

Toullier ed altri sentenziano, che anche in tal caso il termine correrà dal giorno dello scioglimento, ma noi non potremmo accostarci alla loro opinione. Il termine corre dal giorno stesso dell'atto, gli è questo il principio; e le eccezioni per la violenza, l'errore, o il dolo e la incapacità, si fanno per la persona costretta da violenza, ingannata , o incapace. Ma il ma-

ıti, e non già a' terzi, i quali, ignoranti del :atto, non possono agire che quando per loro c un interesse. 6 giugno 1830.

Non merita censura la decisione che ritenga ıtto di non essersi dimandata la risoluzione di :ontratto. 5 febbraro 1852.

· Il determinare se l'attore abbia inteso provere azione di restituzione *in integrum* o di ità dei contratti per mancanza di solenni, come giudizio di fatto, è sottratta ad ogni censura. 26 febbraro 1852.

— L'azione diretta a far dichiarare pignoratizio un contratto di compra-vendita col patto della rivendita e con la locazione per tutto il tempo stabilito per la ricompra , rimane prescritta col decorrimento degli anni dieci dalla legge stabiliti per tutte le azioni di nullità e di rescissione. 12 luglio 1853.

rito, non essendo incapace la eccezione non è per lui. Infatti la legge è stata spiegata in questo senso, tanto nella disposizione dei motivi che nel rapporto al Tribunato (Fenet, tom. XIII, p. 287, 288, 371). Il termine quindi correrà contro il marito o dal giorno dell'atto, o dal giorno in cui lo avrà conosciuto, se egli prova che ciò sia stato più tardi.

877. Per il principio contra *non valentem agere* si è fatta un'altra eccezione, per la quale si sono scisse le due camere della Corte suprema, ma che oggi sembra definita. Comincia a correre giusta l'art. 1304 (1258) il termine in cui le divisioni di ascendenti fatte per donazioni fra vivi possono essere impugnate, o in rescissione per lesione o in riduzione per vantaggio eccessivo?—Parecchie decisioni, massime una della camera dei ricorsi del 4 feb. 1845 (Dev., 45, 1, 305) han giudicato che tanto per la rescissione che per la riduzione, il termine corra dal giorno dell'atto.—Molte altre decisioni, e il maggior numero degli scrittori distinguendo fra le due azioni, ammettevano che il termine cominciasse a correre dal giorno dell'atto per la domanda di rescissione, e dal giorno della morte per quella della riduzione. Se egli è vero, dicevasi, che il solo esame della divisione e dei beni divisi facesse conoscere se le parti sieno o no molto ineguali, e se vi sia oppur no per uno dei figli lesione di oltre un quarto, per cui potrebbe intentarsi l'azione per lesione, gli è pur vero che la quota disponibile non può determinarsi se non se alla morte, avuto riguardo alla quantità dei beni lasciati, al numero dei figli che allora esistono alle disposizioni posteriori che abbia potuto fare l'ascendente. Pertanto dal giorno della morte si comincia a prescrivere l'azione che avrebbe per base un vantaggio maggiore oltre il disponibile fatto ad uno dei figli (1).—Ma la giurisprudenza della Corte suprema ha finalmente respinto quella distinzione, dando come punto di partenza all'azione di rescissione la morte dell'ascendente (2).

Infatti i figli nessun dritto hanno sopra i beni, quando fra loro si fa l'atto qualificato di divisione fra vivi, avvegnachè non fossero per anche eredi, potendo solo divenirlo più innanzi. L'atto è per ora una pura liberalità, ma non una vera divisione, come appresso potrà divenire. Or come mai un figlio potrebbe dolersi di ricever troppo poco, quando quel che riceve gli è dato a puro dono? Come mai pretenderebbe egli di aver ricevuto meno di ciò a cui aveva dritto, a nulla avendo diritto? Si potrà solo parlare di lesione quando egli, acquistato il titolo di erede, avrà dritto ad una parte del patrimonio. Ora egli non solo non è erede; ma s'ignora se lo sarà, potendo morire senza prole prima del donante, o rinunziare la sua eredità.

878. È molto controverso se la prescrizione del nostro articolo possa venire sospesa giusta gli articoli 2251 (2156) e seguenti.

Toullier (n. 615); e Duranton (n. 548); dicono del no, fondandosi soprattutto in ciò che l'art. 1304 (1258) ha ristretto appunto per tutti i casi, ad un tempo ragionevole, non più di dieci anni la duráta già di molto lunga dell'azione di nullità: quindi il termine di dieci anni deve riguardarsi come invariabile, qualunque si fossero le circostanze; e a ciò si contravverrebbe ammettendo le sospensioni che potrebbero far durare l'azione trenta o quarant' anni o anche più, potendo succedersi più

(1) Duranton (IX-646 e 647). R. de Villargues (*Rep.* alla parola *Divis. d'ascendente*, n. 129); Vazeille (*Prescr.*, II-563); Zachariae (II, p. 444); Rig., 12 luglio 1836; Tolosa, 15 maggio 1838; Nimes, 12 luglio 1842; Bordeaux, 23 dic. 1845; Douai, 24 gennaro 1846 (Dev., 36, 1, 534; 39, 2, 50; 42, 2, 465; 46, 2, 241).

(2) Solone (*Nullità*, II-490); Genty (*Divis. d'ascendente*, p. 253-265); Rig., 30 giugno 1847; Cassaz., 2 agosto 1848; Cassaz., 16 luglio 1849; Bordeaux, 30 luglio 1849; Parigi, 8 aprile 1850; Orlèans, 17 genn. 1851; Rig., 18 febbr. 1851 (Dev., 47, 1, 481; 49, 1, 258; 622; 50; 2, 37, 305; 51, 1, 340, 2, 426).—Delle quattro sopraccitate decisioni della Corte suprema, le due prime son presentate dal raccoglitore, come se respingessero la dottrina contraria solo per l'azione di *riduzione*, non per quella di *rescissione*. È un errore di cui si può ben convincersi per la seconda, colla sola lettura del testo, e per la prima, ravvicinando al testo le conclusioni dello avvocato generale.

o interdetti. Questa ragione, per grave ella sia, non è per noi de-
Il Codice volle restringere di molto
ı durata dell'azione, dacchè le cause
ɔtranno oramai sospendere il corso
i anni, già tempo, sospendevano pure
o di *trent'anni*. Il termine adunque,
iè se ne dica, è tre volte meno del-
o; ma è sempre una prescrizione.
avendo il Codice fatto una eccezio-
r la prescrizione decennale al prin-
generale delle sospensioni, come fa-
egli art. 1663 e 1673 (1509, 1519),
e il medesimo che fare una legge
dichiarino non applicabili le sospen-
(1).

— 879. Dal maggior numero degli
ri si insegna, il nostro articolo re-
endo a dieci anni la durata dell'azio-
on restringere per ciò al medesimo
ne la eccezione (2). Se ho contratto
qualsivoglia obbligazione per violenza,
ieci anni che corrono da che quella
sata, potrò intentare l'azione affin-
si annulli la obbligazione. Ma se al
ario il mio creditore intentasse con-
i me una azione affinchè io adem-
alla mia obbligazione, io potrò sem-
in qualunque tempo quella sia inten-
(dopo venti trentacinque o quaranta
, perchè la prescrizione del credito
be stata sospesa per minor età o in-
zione) giovarmi del vizio della violen-
lo annullamento chiesto per eccezio-
ioè come mezzo di difesa contro l'a-
, dovrebbe sempre dichiararsi dal ma-
ato. Si applica così la famosa massi-
quae temporalia sunt ad agendum,
etua sunt ad excipiendum: ciò che è
mpo per l'azione, è perenne per l'ec-
ne.

a cotesta massima che in Roma era
issima, e si fondava in parecchie leggi
digesto (massime nella legge 5ª para-
o 6, *de Doli mali except.*); è essa vera anche oggidì ed ha il suo fondamento nei testi del Codice? Noi francamente risponderemo del no, come ha fatto Duranton (XII-549), e diremo tal regola dimostrarsi falsa con le disposizioni qui spiegate.

Quando un convenuto, affin di respingere un'azione, fa una domanda (che dicesi perciò *riconvenzionale*), egli diviene *attore: reus excipiendo fit* ACTOR. Or di leggieri si comprende che la rubrica della nostra sezione, siccome il nostro art. 1304 (1258) e l'art. 1234 (1187) intendono per *l'azione* di nullità dimandata giudiziariamente, qualunque domanda, o principale o riconvenzionale, per annullarsi una obbligazione. Ciò è chiaro; dacchè la nullità proposta con dimanda reconvenzionale non sarebbe fra le cause che possano estinguere le obbligazioni, se non fosse compresa in questi testi al pari della nullità proposta con domanda principale!

Da una parte, il Codice dopo aver parlato del pagamento, della compensazione, ec., ammette *l'azione di nullità* come ultima causa di estinzione; dall'altra, la nullità che forma l'oggetto di una domanda riconvenzionale; dunque il Codice comprende col nome di *azione di nullità* qualunque domanda di annullamento o principale o riconvenzionale. Pertanto il periodo di dieci anni, stabilito come massimo dall'art. 1304 (1258), si applica tanto alla riconvenzione che alla domanda ordinaria, tanto all'eccezione che all'azione principale.

880. E come mai avrebbe potuto il nostro Codice adottare in ciò la regola del dritto romano? In Roma l'azione era perpetua, perchè il debitore nella circostanza per cui specialmente era sorto il principio (nel caso di dolo preveduto dalla succennata legge 5ª) *non aveva dritto*, finchè il contratto non era stato eseguito, d'*intentare l'azione*, potendo solo fare annullare per eccezione avverso la domanda diretta contro di

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Rescissione*, 5 *bis*); Delvincourt (t. II); Vazeille (*Prescr.*, II-572); Solon (II, 498); Zachariae (II, p. 446); Pau, 11 dicembre 1835; Limoges, 28 maggio 1836; Nimes, 20 ... no 1839; Orléans, 27 maggio 1842; Rig., 8 novembre 1842 (Dev., 36, 2, 185; 39, 2, 69 e 335; 44, 1, 129).

(2) Toullier (VII, 600); Delvincourt (t. II); Dalloz (p. 639-640); Solon (II, p. 493); Zachariae (II, p. 443).

lui. Era quindi necessario che l'eccezione, unico mezzo di annullamento in tal caso, fosse durata quanto l'azione che dovea respingere. Ma oggi che l'obbligato in tutte le possibili ipotesi può intentare nei dieci anni una azione per annullarsi la obbligazione che pretende viziosa, non v'era alcuna ragione per fare che l'eccezione durasse oltre a tal termine. Oggi che l'annullamento può domandarsi da tutti e in tutti i casi nel corso di dieci anni, la legge non dovea permettere che vi si giungesse con altro mezzo, scorso quel termine già forse troppo lungo. Nè questo solo: la legge se lo avesse fatto, sarebbe stata in contraddizione con se stessa, avendo ristretto il termine al massimo di dieci anni, perchè ha scorto nella inazione durata per quel periodo una tacita ratifica della obbligazione che poteva annullarsi. Se scorsi dieci anni di silenzio per parte di colui che poteva dolersi, la obbligazione si ha con ragione come ratificata, non è più lecito che se ne proponga ancora la nullità. Pertanto il massimo termine è di dieci anni, scorso il quale oggi non si può far più valere la nullità in qualsiasi modo.

E in questo senso fu votato e decretato il nostro articolo, come ne fa prova la relazione al Tribunato. La quale, presentata con molta chiarezza la distinzione fra l'atto propriamente nullo, e l'atto capace di essere annullato, li mette in opposizione l'uno all'altro, appunto perchè si potrà proporre la nullità del primo per eccezione in qualsiasi tempo, non potendosi per l'altro che nel termine del nostro art. 1304 (1258), scorso il quale si terrebbe l'atto come ratificato: « Se la obbligazione contratta è senza oggetto o senza causa, o per una causa illecita, è ben naturale che colui il quale ha soscritto la obbligazione, in *qualsiasi tempo* SI AGISCA contro di lui, possa *sempre* RISPONDERE di non esservi obbligazione. *Ma se l'obbligato fosse un minore, una donna maritata*, non sarebbe fuori l'andamento comune che *il tempo* DELLA RESTITUZIONE *non fosse ristretto*? In tal caso si doveva dir solamente che colui il quale aveva soscritto la obbligazione, *potrebbe non adempierla*. L'*interesse pubblico* imponeva che si desse *un termine*. Similmente *il soccorso* accordato dalla legge a coloro che non dan libero il consenso *deve invocarsi in un determinato termine;* scorso il quale e non *fattosi alcun richiamo*, si deve presumere la RATIFICA ». (Fenet, pagina 370, 371). Qui la obbligazione nulla si oppone a quella che può annullarsi appunto nel caso in cui *si agisce* contro lo obbligato, ed ei vuole opporre la nullità della obbligazione come in *risposta* all'azione, cioè per eccezione; per la obbligazione nulla si può fare in qualunque tempo la eccezione; per la obbligazione che può annullarsi si può fare nel termine stabilito dalla legge.

A fin di sostenere che dal Codice è stata mantenuta la regola *quae temporalia*, si è detto, che un interdetto che avesse fatto un atto, essendo affatto scemo di ragione, non potrebbe posciachè si è tolta la interdizione esercitare un'azione perchè quello si dichiari nullo, di maniera che l'altra parte che ha lasciato scorrere dieci anni dal dì che la interdizione *fu tolta*, potrebbe nel nostro sistema *domandar che* si eseguisse lo adempimento dell'atto, senza che colui che fu interdetto potesse farlo dichiarar nullo.—Due risposte a siffatta obbiezione. La prima è, che l'atto di un uomo scemo affatto di ragione (come si suppone) *non può* soltanto annullarsi nel *nostro sistema*, ma è evidentemente nullo e inesistente, perchè vi manca la volontà, il consenso; di guisachè la nullità potrebbe opporsi per eccezione non solo nei dieci anni, ma sempre. La seconda è, che anche nel sistema (già confutato e che non può in vero concepirsi) in cui l'atto di un demente legalmente esistesse, e potesse soltanto rescindersi nei dieci anni, tal periodo potrebbe sempre correre dal dì in cui il demente, riavuto l'intelletto, avrebbe conosciuto l'atto, secondo ciò che dicemmo nel numero II.

881. È dunque certo, che la regola *quae temporalia* è una di quelle tradizioni rotte dal nostro dritto moderno e che non hanno oggi alcun fondamento, alcuna impor-

almeno per quanto riguarda gli atti
ssono annullarsi. Per gli atti ri-
mente nulli, la regola esiste anco-
vegnachè , ove l' atto non esista ,
zione di nullità fosse necessaria-
perpetua, sebbene l'azione non pos-
re oltre il trentennio. Così allor-
oltre il prezzo stabilito in una con-
e, per la quale ho acquistato il vostro
di notaro, vi ho promesso 20,000 fr.
pletare il prezzo segretamente fra
pulato, io potrei, quando che mi sie-
iesti i 20,000 franchi dopo 35 o
ni (essendosi sospesa la prescrizio-
vantaggio del vostro credito), opporre
ità della mia obbligazione che non
esistito, essendo contraria all'ordi-
bblico. Ma se io volessi allo stesso
e con una azione farla dichiarar
se pagativi i 20,000 franchi io vo-
ar annullare la obbligazione e ripe-
a somma come indebitamente paga-
n sarebbe accolta la mia azione, per-
ualunque azione prescrivesi in trenta
art. 2262 (2169)). La nullità asso-
a inesistenza della obbligazione, seb-
possa sempre opporsi per l'indole sua
, può esser invocata a tempo con
zione principale : e la regola *quae
ralia* è vera in un certo senso, ri-
a tal caso.

un certo senso e non rigorosamente,
lità propriamente detta e che non può
e opporsi per eccezione, non le si può
er azione dopo trent'anni dal dì che
nullo è stato eseguito. Infatti, essen-
a atto realmente nullo, non si può in-
e contro di esso alcuna azione : in
nque tempo e circostanza, nel caso
di una azione sperimentata dopo
50 anni, gli è sempre vero che l'atto
ha mai esistito , nè potuto quindi
are alcuno effetto. Dopo 85 anni dal
o che io vi ho pagato in forza di tale
riman sempre vero che esso non ha
avuto alcun valore, che il mio paga-
o quindi è stato fatto indebitamente,
ha reso vostro creditore; il volger del
o non muta nulla, e non fa se non estin-
e il mio credito. Così ciò che si prescrisse in tal caso non è un'azione di nullità dell'atto, non il dritto di farlo dichiarare inesistente, ma l'azione che era nata in mio favore contro di voi dall' indebito adempimento dell'atto.

IV.—882. Il nostro articolo che restringe al massimo di dieci anni la durata dell'azione, deroga al principio che le azioni durano in generale trent'anni, di maniera che non bisogna estendersi oltre il suo oggetto. Non si dimentichi che qui trattiamo della domanda di nullità delle convenzioni aventi in sè un vizio per cui si possano rescindere.

E dapprima, si tratta solo delle convenzioni per modo che la regola si applicherebbe ad una donazione fra vivi , dacchè è una vera convenzione (art. 894 (814), n. I), ma non ad un testamento.

883. Si tratta poi dello annullamento e non della nullità propriamente detta , per cui, come abbiam veduto, l'azione (in quanto dee produrre un utile effetto) durerebbe trent'anni (e l' eccezione sempre). L' articolo pertanto non si applica alle convenzioni che non sono altro che un fatto senza esistenza giuridica , o perchè vi manchi il consenso , o perchè l' obbligazione che si volea fare era senza oggetto o causa, ovvero con una causa od un oggetto non leciti. Quindi dobbiamo rigettare come erronea (la giurisprudenza lo ha pur fatto) la dottrina di Toullier (VII, 561), Duvergier (*Vendita*, 1-230) e Zachariae (II, pagina 440), i quali insegnano la convenzione che ha per oggetto una eredità futura, essere governata dal nostro articolo e potersi solo impugnare nei dieci anni dal giorno dell'apertura della successione. Infatti, tenendosi dalla legge come contrario ai buoni costumi, siccome i cennati scrittori riconoscono, lo avere ad oggetto d'una convenzione una futura successione, ne segue che tal convenzione che si è formata in fatto, non lo è in dritto; ella è rimasta nulla. Il nulla non può ratificarsi; e poichè i nostri medesimi scrittori dichiarano la prescrizione decennale non applicarsi agli atti che non sono suscettivi di ratifica , la decisione che noi combattiamo si

confuta coi loro stessi principî. Invano secondo Toullier la successione appena aperta può esser l'oggetto d'una convenzione, e quindi l'atto può essere ratificato. Lo errore è in ciò: l'apertura della successione, il mettersi l' oggetto in commercio potrà far nascere una nuova convenzione, come è stato detto da una delle soprariferite decisioni, ma non potrebbe far ratificare la antica che giuridicamente non esiste, avvegnachè il nulla non potrebbe ratificarsi *quod non est confirmari nequit.*

Tal verità è bandita dà Vazeille (*Prescr.*, II, n. 547) e da Troplong (*Vendita*, I, 249); dalla giurisprudenza ora è costantemente abbracciata dopo un ondeggiamento durato fino al 1834 (1).

Adunque una siffatta convenzione, se non si sarà rinnovata dopo la apertura della successione sarà come non avvenuta, e quindi delle due cose l' una: o la convenzione non si sarà eseguita, e allora in qualunque tempo agissero quelli che ne vorrebbero lo adempimento sarebbero respinti per eccezione; ovvero si è eseguita, e coloro cui per essa si attribuiscono questi e quei beni, se ne sono messi in possesso, e allora la parte, la quale affin di ripetere i beni dovrebbe sperimentare non un'azione di nullità dell'atto (non potendosi impugnare il nulla) ma la rivendica (perchè legalmente non ha mai esistita alcuna convenzione) potrebbe utilmente agire fino a tanto che gli avversarî non avrebbero prescritto la proprietà dei beni, val dire entro i trenta anni dal dì che si sono posti in possesso. In questo senso soltanto e per indiretto, come spiegammo al n. III, nelle nullità propriamente dette la prescrizione di trent' anni si applica all'azione, sebbene la nullità in sè stessa si possa sempre opporre.

884. Infine per applicarsi il nostro articolo è anche necessario che la convenzione sia da annullarsi per una causa che l'ha viziata fin dal principio, nè si dovrà estendere la regola alle *risoluzioni* di contratto. Se a far dichiarare come non avvenuto un contratto, si allega la condizione risolutiva stipulata in esso (non importa se espressamente o tacitamente), si allega una clausola della convenzione. Per modo di esempio, una vendita racchiude sempre queste due idee: « 1° Vi vendo la tal cosa per il tal prezzo; 2° se voi non pagate il prezzo io potrò far dichiarare come non avvenuta la vendita » quindi se io domando la nullità della vendita per il non adempito pagamento, io voglio solo che si applichi la seconda parte della nostra convenzione. Se invece io voglio far annullare un contratto per errore, violenza, minore età, ec. io miro a contraddire assolutamente alla convenzione. Nel primo caso esercito un dritto rigoroso concedutomi dal mio avversario, nel secondo uso di un favore conferitomi dalla legge per salvarmi dalla mia inesperienza o dalla mia imprudenza. I due casi adunque differenziano radicalmente; e la regola di eccezione, posta per il secondo, non può quindi al primo estendersi *che riman così soggetto alla prescrizione trentenaria.*

Gli scrittori riconoscono questa verità (2); ma non fan ben comprendere cotesta distinzione, facendo capo meno alle cose, e più alle parole ***rescissione e risoluzione***. *Risolvere*, ***rescindere***, ***annullare***, ***cassare***, *annientare* sono al postutto a un dipresso sinonimi, importano distruggere ciò che esisteva; nè si comprenderà a primo aspetto, come la risoluzione di un contratto differisca molto dalla rescissione o dall' *annullamento* di esso. Le idee di Toullier intorno a ciò non sono soltanto vaghe e indeterminate, ma del tutto inesatte. Dopo aver detto che il contrapposto alla rescissione « La RISOLUZIONE *è un termine che comprende* i MODI DI RISOLVERE, aggiunge che la risoluzione suppone che il contratto ha esistito, men-

(1) Limoges, 6 aprile 1838; Aix, 2 febbr. 1840; Bastia (1839), confermata in cassazione, 8 novembre 1842; Rennes (gennaro 1843), confermata in cassazione, 14 novembre 1842; Metz (1844), confermata in cassazione, 11 novembre 1845 (Dev., 38, II, 501; 40, II, 359; 43, I, 33, 44, I, 229; 45, I, 785).

(2) Toullier (VII, 551); Duranton (XII, 552); Zachariae (II, 443).

tre la rescissione suppone che il contratto abbia solo esistito apparentemente e non mai realmente ». L'errore è manifesto: l'atto che può rescindersi esiste come l'atto che può risolversi: la differenza che mal vi scorge Toullier, è quella per cui distinguonsi gli atti rescindibili o risolubili, dall'atto propriamente nullo e che non esiste; la differenza dell'atto risolubile da quello rescindibile si è, che questo può annullarsi per un vizio che l'ha guastato *ab initio*, mentre l'altro si è formato regolarmente e ha visto sorgere *ex post facto* la causa per cui può annullarsi.

1305 (1259).—La semplice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore non emancipato contra qualunque sorta di convenzione; ed in favore del minore emancipato, contra tutte le convenzioni che oltrepassano i limiti della sua capacità, siccome è determinato nel titolo della minore età, della tutela e della emancipazione.*

SOMMARIO

I. Controversia intorno il senso dell'articolo e la natura della incapacità del minore. Si espongono i due principali sistemi seguiti dagli scrittori.
II. Confutazione di un terzo sistema di Merlin, e di un quarto di Demante, l'uno e l'altro da non ammettersi.
III. Il sistema della legge, per quanto possa essere incoerente, è quello dei principali sistemi secondo cui per la incapacità del minore si può chiedere la rescissione per lesione. Errore di Toullier, Demante, ec.
IV. Osservazioni e riepilogo.

I. — 885. È molto controverso ed è in vero un punto assai delicato per quanti non ricorrano ai lavori preparatori, quando il nostro articolo accordi ai minori la rescissione per lesione, e quali sono quindi nel sistema del Codice civile l'indole e gli effetti della capacità dei minori.

Si sono proposti quattro sistemi sopra due dei quali soltanto noi ci fermeremo.

Nel primo la rescissione per lesione ordinata dal nostro e dai seguenti articoli, è accordata ai minori indipendentemente dalla nullità per incapacità risultante dagli articoli 1108, 1124 (1062, 1078).

Così quando un minore non emancipato e che deve quindi essere sempre rappresentato o dal padre, amministratore legale, (art. 389 (312)) o dal tutore (art. 450 (373)), avrà fatto un atto, ovvero quando un minore emancipato avrà fatto uno di quegli atti che non è autorizzato a fare da sè solo (art. 481 (404)), l'atto potrà farsi annullare per ragion d' incapacità. Se invece l'atto è stato fatto regolarmente dal rappresentante legale del minore non emancipato, dal minore emancipato debitamente assistito dal curatore, non potrà esser più dichiarato nullo, ma secondo il nostro articolo darà luogo ad una restituzione straordinaria per lesione, la quale permetterà al minore assolutamente in tutti i casi, di impugnare i suoi atti; cosa che il maggiore può fare in taluni casi (articolo 1313 (1267)).—Oltre tal *nullità per incapacità* negli atti fatti dal solo minore che non ne era capace, e della *rescissione per lesione* in quelli fatti con l'intervento del rappresentante legale o del curatore, evvi pure *nullità per mancanze di forme* anche negli atti fatti dal padre o dal tutore o con l'assistenza del curatore se la loro importanza richiedeva forme speciali (art. 457, 467 (380, 390)), le quali non sono state adempite.

Questa semplice e naturale dottrina abbracciano Toullier (VI, 106, VII, 573, ove

* Qualora la tutrice conviene edificarsi un molino nel fondo del minore; e questi invece di proporre azione per restituzione in intero contro l'oprato della tutrice, dimanda la proprietà del molino, debbe conservarsi l'oprato della tutrice. C. S. di Napoli, 2 settembre 1851.

rinvengonsi idee inesatte che noi abbiamo di sopra notate); Demante nella sua prima edizione (II, 780); Troplong che la sostiene con ragioni più sode che i primi (*Vendita*, n. 166); ed anche da noi per molti anni.

Nel secondo sistema, la rescissione per lesione accordata al minore dal nostro articolo è appunto la medesima che la nullità derivante dalla sua incapacità; il nostro art. 1305 (1259) e i seguenti applicano e svolgono la parte degli art. 1124, 1125 (1078, 1079) che riguarda i minori; il primo dei quali dichiarando i minori « incapaci di *contrarre* » intende semplicemente « incapaci di fare un contratto *inoppugnabile per lesione* ». Il nostro articolo 1305 (1259) pertanto si applica solo agli atti fatti dal solo minore fuori la sua capacità. Gli atti regolarmente fatti dal tutore o con l'assistenza del curatore, non possono impugnarsi per lesione (salvi i casi speciali in cui gli atti dello stesso maggiore potrebbero impugnarsi per tale cagione).—Se non che saran sempre nulli, come vuolsi nel primo sistema, gli atti che si fossero fatti senza quelle formalità che erano per essi richieste (1).

II. — 886. Cotesti due sistemi non discordano in ciò che riguarda gli atti soggetti a speciali formalità. Un terzo sistema che differisce dal secondo in quest'ultimo punto, vuole che la rescissione per lesione sia il solo espediente del minore, tanto per gli atti soggetti a speciali forme, che per gli altri: lo abbracciano Merlin (*Quistione* alla parola *Ipoteca*, § 3) Marbeau (*Transaz.*, num. 42) e l'ha rigettato Duranton, che prima lo adottò nel suo trattato dei contratti. Come mai il legislatore avrebbe richiesto tante cautele se avesse tenuto nulla importare la loro mancanza? Così ad esempio, un fitto può esser fatto dal tutore senza alcuna formalità; invece la vendita d'un immobile deve farsi con deliberazione del consiglio di famiglia confermata dal tribunale, intese le conclusioni del[...] co Ministero allo incanto, dopo affis[...] qual differenza vi sarebbe nel sistem[a di Mer]lin e Marbeau fra il fitto e la ve[ndita di] immobili, l'uno e l'altra fatti dal sol[o tutore?] Nessuna; l'uno e l'altro si sono [...]mente fatti, e non potrebbero ess[ere im]pugnati che per provata lesione! Co[me] si può credere che i due atti sieno [pareg]giati, mentrechè per l'uno si r[ichiedono] tante formalità, e nessuna per l'alt[ro?]

Dobbiamo confessare, qualunque [...] sistema che si adotti, che gli atti s[areb]bero nulli ove mancassero le forme [...] esce dall'articolo 1311 (1265) che [...] l'uno all'altro, parlando del minor[e ...] *che può soltanto rescindersi* e [...] *nella forma*. Nello spiegare quest[...] vedremo che le forme sono appo[...] che proteggono la minore età.

Un quarto sistema è sorto all[...] zo, per una modificazione recata [...] mante nella sua seconda edizione a[l ...]mo sistema, che egli prima abbr[acciò] puramente e semplicemente. Egli [...] mantenga che il nostro articolo am[metta] la rescissione per gli *atti regolarm[ente]* fatti dal tutore o con l'assistenza del [cu]ratore, propone come partito mezzan[o fra] i contrarî sistemi che si ammetta an[che la] rescissione per lesione e non la nullità [per] incapacità contro gli atti che il minore [a]vrebbe fatto da solo sebbene [...] (II, 782 *nota*).

Questo sistema, ritenuto anche per [bi]zarro dallo stesso autore, non può [...]gliersi meglio che quello di Merlin. [...] come avrebbe il legislatore voluto pare[g]giare gli atti regolarmente compiuti dal tutore, o colla assistenza del curatore, e quelli fatti dal solo minore fuori la sua ca]pacità? Si comprende che i primi si p[os]sono soltanto rescindere per lesione, e [gli] altri senza di questa annullare, come [...] uno dei due sopra esposti sistemi; [...]milmente, che i secondi potendo s[...]

(1) Il secondo sistema è seguito e presentato più o meno esplicitamente da Proudhon (I, cap. 16, sez. 2 e 5); Delvincourt, Duranton (X, 80 a 88); Zachariae (VII, p. 429 e 432); Solon (I, n. 71 e seguenti); Valette (Osservazioni delle [...] di Proudhon) e Pont che l'ha sviluppa[to ...] soddisfacente nella *Rivista di legislazione* (XII, 217-242).

per lesione sieno i primi del tutto
gnabili come l'altro sistema insegna;
n può essere che gli uni e gli altri
esattamente pareggiati. Infatti se gli
e la legge vuole si facciano dal tu-
colla assistenza del curatore doves-
anche valere fatti dal minore solo,
sarebbe certamente ordinata la tu-
curatela che a *nulla* dovrebbero ser-

le due cose l'una: o la rescissione
sione è il risultamento della incapa-
el minore che sarà tutta speciale (co-
nanoProudhon,Delvincourt,Duranton,
e allora essa potrà domandarsi solo
o l'atto sarà stato fatto dal minore
e era incapace; ovvero la rescissione
pendente dalla incapacità che sarà sem-
quella generale ed ordinaria (secondo
si avvisano Toullier, Troplong, e lo
o Demante); e allora tale incapacità
produrre il suo effetto cioè il dritto
re annullare l'atto senza pur bisogno
sione.

37. Adunque possiamo restringere i
mi a due soli, dei quali l'uno dichiara
il minore può essere restituito in in-
come minore per gli atti fatti da lui
la sua capacità, e *come leso* per quelli
dal tutore e con l'assistenza del cu-
re; mentre l'altro vuol che sia resti-
in intero per cagion di lesione pei
i, e che non possa affatto pei secondi.
el primo sistema, la legge volendo che il
ore non possa essere restituito in intero
cagion di lesione in alcuni atti pei quali
sono adempite le formalità richieste (ar-
lo 1309, 1314, 463 (1263, 1268,
)) fa una *eccezione* che ben si spiega
le garenzie maggiori da cui l'atto è
so; il che è anche provato da ciò che
legislatore non avrebbe al certo dichia-
o impossibile la restituzione per lesio-
in certi casi speciali se fosse stata la
gola generale. Nel secondo sistema in-
ce si applica il principio generale; come
legislatore ha formalmente espresso per
cuni casi dovendo immutare l'antico dritto
e specialmente in quei casi permetteva
restituzione.

Bisogna scegliere fra i due sistemi.

III.—888. Se si dovesse *a priori* senza badare ai testi del Codice, stabilire il miglior sistema di protezione dei minori, forse non adotteremmo nè l'uno nè l'altro; parendoci che il primo accordi troppo ai minori, e assai poco il secondo. Se si dovesse scegliere il più logico sotto il punto di mira del Codice, e che sia più in armonia con tutte insieme le sue disposizioni, non dubiteremmo di conservare il primo seguito fino ad ora da noi, perchè il secondo accusa nella legge una incoerenza di idee realmente strana.

Ma devesi trovare non il miglior sistema possibile assolutamente, nè anche il più logico fra quelli a cui si possano piegare i testi del Codice, ma vuolsi indagare francamente la volontà del legislatore. Ci sembra certo in oggi, ch'egli abbia voluto abbracciare il secondo sistema, e stimiamo che se gli interpetri fossero stati intenti a indagare non ciò che la legge dovea fare, ma ciò che ha fatto, a non mutare (come spesso si suole) una quistione *di dritto* in quistione *di legislazione*, e specialmente di esaminare intorno alla quistione presente i lavori preparatori del Codice, non vi sarebbero certamente state sì discordi opinioni.

889. La rescissione per lesione si accorda al minore per gli atti fatti da lui solo, o che dovevano esserlo dal tutore, o da lui con l'assistenza del curatore. In altri termini, il minore è incapace; ma non tale come l'interdetto o la donna maritata, e quindi l'atto da lui fatto non si annulla per se stesso, ma per cagione della lesione che gli reca. Buono o cattivo, logico o no, bene o male presentato, è questo il sistema del Codice.

Abbiamo detto che tal sistema anche senza valutarsi in sè stesso, e senza ricorrere alle considerazioni più o meno efficaci per le quali può essere censurato (nelle quali considerazioni non si potrebbe mai aver fede nelle quistioni di dritto, dacchè mirano a sostituire il pensiero, buonissimo forse, dell'interpetre a quello della legge) rende tutte insieme le disposizioni del

Codice stranamente confuse e incoerenti. In effetto, l'art. 1108 (1062) stabilisce come principio fondamentale, essere essenziali alla validità di una convenzione quattro condizioni, e fra queste *la capacità di contrarre*; di poi gli art. 1124 e 1125 (1078 e 1079) dichiarano *incapaci di contrarre*, pareggiandoli tutti, gli interdetti, le donne maritate e con essi i *minori* i quali sono anzi posti i primi. Più innanzi la nostra sezione spiegherà o meglio stabilirà implicitamente, che la incapacità del minore differenzia moltissimo da quella dell'interdetto, e della donna maritata, e che il minore è incapace non già di contrarre, ma solo di *recarsi alcun pregiudizio* col suo contratto! Non contraddice esso apertamente all'art. 1124 (1078) dicendo che i minori *son capaci di contrarre* e possono solamente essere restituiti in intiero per lesione? E quando i minori, salvo che per lesione non debbano essere restituiti, sono capaci di contrarre da sè stessi, e senza bisogno di curatore nè di tutore, fino a quale età lo saranno essi? Un fanciullo di sette o otto anni potrà dunque, eccettone solo la restituzione per lesione, far delle convenzioni obbligatorie.

890. Ma tal sistema (la censura del quale potrebbe spingersi più in là) per quanto sia vizioso, almeno quale è scritto nel Codice, è certamente abbracciato dal legislatore: di che son prova 1° i testi della nostra sezione; 2° il raffronto del Codice con l'ultimo stato dell'antico dritto; e 3° specialmente le spiegazioni date al Tribunato e al Corpo legislativo.

1. E primieramente, i testi della nostra sezione suppongono sempre atti fatti dallo stesso minore, e non mai dal suo rappresentante. Così l'artic. 1304 (1258) parla successivamente degli atti delle donne maritate fatti senza autorizzazione, di quelli degli interdetti, e infine di quelli *fatti dai minori*.—L'articolo 1305 (1259) e l'articolo 1306 (1260) che n'è accessorio, non accennano punto al caso di un tutore che agisca per il minore.—L'art. 1307 (1261) tratta del caso in cui il minore si fosse dichiarato falsamente maggiore, il che suppone di necessità un minore che abbia agito solo e fuori la sua capacità.—L'articolo 1308 (1262) parla delle obbligazioni fatte dal minore trafficante per ragion del suo traffico, le quali egli potrà far solo e senza tutore, nè curatore.—L'art. 1309 (1263) si occupa delle convenzioni matrimoniali nelle quali il minore, anche sotto tutela, agisce in persona.—L'artic. 1310 (1264) tratta delle obbligazioni cui va soggetto il minore per cagione del suo delitto, o quasi-delitto, e quindi lo riguarda pure in un caso in cui ha agito solo. Lo articolo 1311 (1265) dichiara che l'atto *sottoscritto* dal minore non può più impugnarsi quando egli l'ha ratificato nella sua maggiore età.—L'art. 1312 *(1266)* parlando dello effetto dello annullamento ottenuto dalle donne maritate, dagli interdetti o dai minori si riferisce per ciò all'articolo 1304 (1258), e suppone quindi come esso, atti fatti dalla donna maritata, dall'interdetto o dal minore. — Vanno in altro ordine di idee gli art. 1313 e 1314 (1267 e 1268) dei quali il primo si riferisce solo ai maggiori, il secondo dichiara che anche gli atti *più importanti che interessano* i minori si reputano fatti dai maggiori quando si son compiute le formalità richieste. Così tutti gli articoli della nostra sezione, meno gli ultimi due, trattano del minore che agisca da se, e compia l'atto di cui è incapace; e mentre Pothier (*Proc. civ.*, parte 5, cap. 4, art. 2, § 1) diceva francamente che il minore doveva essere restituito « per gli atti fatti da lui senza l'autorità del tutore, ed anche per quelli che il tutore ha fatto nella sua qualità » il Codice non accenna per nulla ad una rescissione di atti fatti dal tutore o dal minore con l'assistenza del curatore; anzi esce appunto il contrario dall'articolo 1307 (1261) (come anche dai tre seguenti articoli) combinato con l'altro che lo precede.

In effetto, dopo essersi detto (articolo 1366 (1320)) che il minore non può restituirsi in intiero per *causa di lesione* quando questa provenga da uno evento impreveduto, si aggiunge (art. 1307 (1261))

semplice dichiarazione fatta dal mi-
li essere maggiore, non lo esclude
neficio della restituzione. Di certo
i della restituzione *per lesione*; or se
slatore avesse voluto che un minore
le agisca per sè, mettendo da banda
re, facesse atti nulli per il fatto
della sua incapacità (indipendente-
dalla lesione), avrebbe detto che
ore non ostante la falsa dichiarazio-
nserva la sua azione di nullità, e
ià che egli può essere restituito in
per lesione.

La mente del legislatore intorno a
cui è parola, ben chiaramente rive-
raffrontando le regole indubbie e in-
bili del Codice Civile coll'ultimo stato
ntico dritto. Pothier, sviluppato il di-
di rescissione per gli atti di maggio-
portanza, insegna che ai suoi tempi
tevano anche rescindere per lesione
ti di pura amministrazione fatti rego-
nte dal tutore (*loc. cit.*, parag. ulti-
Or come il Codice, il quale positi-
nte vuole (art. 1314 (1268)) che non
scindano gli atti importanti (come la
ita d'immobili), mentre lo antico dritto
ermetteva, avrebbe potuto volere che
scindessero cotesti atti giornalieri, che
si potevano rescindere secondo l'an-
dritto?

i dice invano, il Codice non volere
si rescindano gli atti importanti, di
è discorso, per cagion delle garenzie
son difesi; ma non perciò bisogna
are che gli atti ordinarî non si rescin-
. Quelle garenzie esistevano anche
antico dritto, eppure gli atti si rescin-
no: « Inutilmente, diceva Henrys, si
nno osservate le formalità: avvisi di
nti, relazioni di periti, decreti del ma-
ato; il minore potrà sempre rivendi-
le cose sue, se è stato in qualche
o leso » (II, pag. 257). Bisogna ripe-
, la rescissione non può essere oggi
essa in quei casi in cui non era per
ntico dritto.

. Da ultimo, se potesse rimaner dub-
verrebbe meno in faccia alle formali
gazioni che furon date quando si adot-
tava il nostro titolo. In questi sensi il nostro artic. 1305 (1259) fu presentato al Corpo legislativo: « Risulta dalla *incapacità* del minore non emancipato bastare *che egli provi una lesione*, perchè l'azione di rescissione sia fondata.... *Per la sua incapacità egli non può esser leso*, *ma* NON GLI È INTERDETTO DI POTER CONTRATTARE » (Fenet, t. XIII, p. 283.—E presso il Tribunato fu apertamente annunciato: che « Quanto *alle donne ed agl'interdetti*, costoro dovrebbero soltanto *invocare la loro incapacità*..... Se è un minore non emancipato, *la semplice lesione* dà luogo alla rescissione. *Egli non sarà restituito*, come minore, ma lo potrà essere *come leso*. Se è un minore emancipato, e se la convenzione eccede i limiti *della sua capacità*, egli può prevalersi *della semplice lesione* ». (*ibid.*, pag. 371-372).

Dippiù cotale questione si è finalmente presentata ai 18 giugno 1844 alla Corte suprema, da cui si voleva da molto tempo giudicato, ed è stata decisa colla maggiore chiarezza, secondo la nostra opinione, (Devil., 44, 1, 447).

IV.—**891**. Così il minore non può esser restituito per tutti gli atti fatti regolarmente dal tutore, o con l'assistenza del curatore, ed anche per quelli che egli avrebbe fatto da sè, ma con l'assistenza del tutore. Imperocchè, sebbene nel nostro dritto il tutore debba rappresentare il minore e non solo autorizzarlo, pure l'atto sarebbe certamente valido con l'intervento di lui, avvegnachè egli col suo concorso e consenso ne assumesse la risponsabilità come se lo facesse da sè solo: essendo l'atto allora fatto dal pupillo e dal tutore insieme, la presenza (inutile e irrilevante) del primo non potrebbe rendere inefficace quella (necessaria) dell'altro.

Quanto agli atti fatti dal solo minore fuori la sua capacità (cioè, qualunque atto se non è emancipato, e se lo è, qualunque atto per cui richiedesi l'assistenza del curatore) il minore potrà nei dieci anni che corrono dal dì della maggiore età, farli rescindere provando che l'atto gli abbia recato un qualche danno.

Tocca a lui la prova della lesione che pretende aver sofferta, ciò spettando sempre a colui che metta innanzi una pretensione. E di certo la lesione deve essere di qualche momento, se non grandissima, volendo la legge che la rescissione si ammetta per la *semplice lesione*; la quale disposizione come qualunque altra, deve intendersi secondo ragione, cioè, deve essere sensibile e da aversi in considerazione; il giudice non potrebbe tenere ragione d'una bagattella, *de minimis non curat praetor*.

892. Un' ultima osservazione. Sebbene la legge non voglia che il minore (come la donna maritata, l'interdetto e colui che è soggetto a un consulente giudiziario) faccia dichiarar nulli i suoi atti pel solo fatto della incapacità, poichè li tiene come validamente compiuti, salvo l'effetto della lesione; pure non si può ritenere che legalmente esista la convenzione d' un minore che non abbia ancora sviluppo di [illegible] ne come un fanciullo a cinque an[illegible] atti saranno validi salvo lo effetto [illegible] sione, se fatti da minori che abb[illegible] l'*animi judicium*; gli atti di quel[illegible] ne son senza, non saranno nulli per [illegible] capacità legale che risulta dalla [illegible] età (articolo 1124 (1078)), e che [illegible] meno la seconda delle quattro cond[illegible] dell'articolo 1108 (1062), ma perchè [illegible] ca la prima delle condizioni ch'è [illegible] senso. E in tal caso l'atto sarebbe [illegible] nel senso stretto della parola, dap[illegible] siccome più volte abbiamo detto, la co[illegible] zione non è valida, se il consenso è [illegible] ma se manca affatto, essa non può [illegible] esistere. Se il minore abbia o [illegible] consentire, se il suo atto debba [illegible] nullo, o riconoscersi valido salvo [illegible] della lesione, sarà ciò che valuterà [illegible] gistrato (1).

1306 (1260).—Il minore non può restituirsi in intero per causa di lesione, quando questa derivi soltanto da un [illegible] mento casuale e non preveduto.*

893. Perchè un minore possa far rescindere un atto per lesione, questa deve risultare dall'atto medesimo e non da un accidente posteriore, e l' atto dev' essere la causa, e non l' occasione del danno. Così, se il minore ha comprato un animale che dipoi muore per caso fortuito, ovvero una casa che appresso è incendiata, egli non può restituirsi in intero; dappoichè il danno da lui sofferto non deriva dal contratto, ma da un accidente posteriore ed impreveduto.

Il danno deve risultare dall'atto, ma ciò deve intendersi con una certa latitudine, cioè tanto dall'atto in sè stesso, che dalla sua esecuzione, e dai fatti che naturalmente trae con se.

Se il minore ha venduto per [illegible] un oggetto del valore di 500, la lesi[illegible] nello stesso contratto e può rescinder[illegible] similmente, se il compratore [illegible] ceva l'oggetto per il suo giusto [illegible] abbia imprudentemente pagato [illegible] un giovane stolto che l'avesse [illegible] matte spese. Il danno deriverebbe [illegible] dalla esecuzione dell'atto, da [illegible] il compratore potrebbe di legge [illegible] dere, e non già da un accidente [illegible] *ed impreveduto*.

(1) Ecco un'altra prova di quanto dicemmo sotto l'art. 1108 (1062), n. III, che l' atto di un interdetto nel punto che è senza ragione, non potrebbe solamente annullarsi per incapacità, ma sarebbe propriamente nullo per manco di consenso. Infatti, ammesso con Zachariae ed altri scrittori, che la incapacità legale e generale che difende sempre lo interdetto, assorba e faccia venir meno la nullità per manco di consenso, di maniera che in qualsivoglia circostanza l' interdetto potrà solo trar partito dalla incapacità, dovremo dire [illegible] tanto della incapacità del minore. Così [illegible] restituzione non comune per ragion di [illegible] rebbe pienamente valida e da non potersi [illegible] gnare, la convenzione fatta da me con [illegible] di tre o quattro anni: ecco a che si giu[illegible]

* Non è censurabile il *convincimento* [illegible] lesione abbiano sofferta i minori per la [illegible] de' loro beni. C. S. di Napoli, 26 [illegible] 18[illegible]

7 (1261).—La semplice dichiarazio-
ta dal minore, di essere maggiore non lo esclude dal beneficio della restituzione.

. Dai nostri antichi scrittori si era
sservare, che un minore il quale sem-
ente si è dichiarato maggiore senza
alcuna prova, doveva anche essere
ito, poichè colui che tratta con un
e può non rimaner contento della di-
zione, e una tal clausola se potesse
ire la rescissione, diverrebbe comune
te le convenzioni. Ma si è sempre ri-
iuto che il dritto di far rescindere verrebbe meno se il minore, anzichè far solamente una dichiarazione pura e semplice, ingannasse intorno all'età sua con fraudolenti raggiri, come con un falso atto di nascita (Pothier, *loc. cit.*; Domat, p. I, lib. 4, tit. 6, lez. 2, n. 7).

È ben ragionevole, e formalmente fu dichiarato al Corpo legislativo e al Tribunato, che la cosa non sarebbe diversa sotto l'impero del Codice.

)8 (1262).—Il minore che è nego-
, banchiere o artigiano, non può re-
si in intero contra le obbligazioni contratte per ragione del suo commercio o della sua arte.

5. Secondo l' art. 487 (410) il mi-
legalmente autorizzato che esercita
affico, è considerato maggiore pei
relativi al traffico istesso. Giusta l'ar-
2 (6) del Codice di Commercio il
re è considerato capace e maggiore
esercitare il traffico, purchè: 1° sia e-
ipato; 2° abbia diciotto anni compiti; 3° sia autorizzato dal padre, o in mancanza di lui, dalla madre, o in mancanza dell'uno e dell'altra, da una deliberazione del consiglio di famiglia confermata dal tribunale civile; 4° infine l'atto che lo autorizza sia registrato ed affisso al tribunale di commercio.

09 (1263).—Il minore non può re-
rsi in intero contra le convenzioni sti-
te nel suo contratto di matrimonio,
do sono state coll'approvazione e l'assistenza di coloro, il consenso dei quali è necessario per render valido il matrimonio.

)6. Il minore per fare le sue conven-
matrimoniali abbisogna dell'assistenza
loro il consenso dei quali gli è ne-
rio per il matrimonio. A mo' di e-
io, una giovanetta di sedici anni che
do per ascendente la sola avola, e
la tutela di uno zio o di qualunque
, potrà fare da se col suo futuro con-
tutte le stipulazioni e donazioni che vuole nel contratto di matrimonio, purchè sia assistita dall' avola, il consenso della quale le è solo necessario per contrarre il matrimonio (art. 150 (T)). Le convenzioni così stabilite, avranno la medesima forza, come se fatte da un maggiore: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

310 (1264).—Il minore non può re-
irsi in intero contra le obbligazioni nascenti dal suo delitto o quasi-delitto.

97. La legge che protegge il minore
a sua inesperienza, e dichiara che può
re restituito contro le sue convenzioni,
poteva dargli facoltà di nuocere im-
emente ad altrui. Adunque il minore se non coi suoi contratti, si obbliga pienamente come il maggiore, pei suoi fatti illeciti, e dovendo ristorare il danno cagionato dai suoi delitti o quasi-delitti, non può essere affatto restituito; ma se una tran-

sazione fatta dal minore intorno ai danni-interessi fosse lesiva, potrebbe certamente rescindersi, dacchè la lesione deriverebbe allora da un contratto. Il minore potrebbe del pari essere restituito in intero contro l'atto con cui avrebbe riconosciuto il suo preteso delitto, o quasi-delitto, dappoichè egli si obbligherebbe non solo per la necessità del fatto, ma per l' effetto diretto della sua volontà: il minore che non è capace, dee aspettare che il delitto si provi, o che il rappresentante legale lo riconosca.

898. Il minore non potrebbe essere restituito se avesse trattato con un altro minore? No: egli lo è per la sua stessa qualità, assolutamente, indipendentemente dalla qualità delle persone con cui abbia contratto, quand'anche l'altro minore dovesse soffrirne danno. Così, se un minore ha tolto in prestito da altro minore una somma che poi sciupa pazzamente, la obbligazione di lui sarà rescissa, e il minore perderà la somma prestata.

Se i due minori fossero lesi l' uno e l'altro, ognuno potrà domandare la restituzione, salvo a produrre da una dall'altra quegli effetti che son leg possibili. Per esempio, se un minor ad altro minore per 600 franchi un del valore di 300, e riceva, e sciu zamente il prezzo prima di rilas cavallo, potrà far rescindere la su gazione, ma non perciò l'altro min trebbe riavere i suoi 600 *franchi*. vece i 600 franchi fossero stati utilità del venditore, il compratore la rescissione li riavrebbe , quand' il venditore non domandasse *la* sione.

In breve, la rescissione *potrà ott* sempre da uno o da ciascuno dei lesi; ma dove riesca impossibile, *non* tranno , come è di ragione, rime le cose nello stato *primiero*. È l mente impossibile, giusta l' articolo (1266) che il minore *restituisca* ciò ha ricevuto e non è stato volto in s tilità (Domat, *loc. cit.*, n. 18; *Merlin*, alla parola *Min.*, § 9; Toullier, VII,

1311 (1265).—Non è più ammesso ad impugnare l'obbligazione sottoscritta nella sua minore età, quando divenuto maggiore l'ha ratificata, *sia che tale obblig* ne fosse nulla nella sua forma , sia fosse soltanto soggetta a restituzione.

899. Se il minore divenuto maggiore ratifica l' atto che avrebbe potuto far rescindere, o per mancanza delle forme speciali volute nell'interesse dell'incapace, ovvero per lesione, l'atto è inoppugnabile.

La obbligazione ***nulla nella forma*** di cui parla il nostro articolo, è quella per cui eran richieste alcune formalità atte a proteggere la minore età, come una vendita d' immobili fatta, o dal minore, o dal suo tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ovvero senza che il tribunale avesse confermato l'autorizzazione. In vero , siccome il nostro articolo parla dell'atto che può divenire inattaccabile mercè la ratifica, così non può intendere un atto solenne che sia nullo per non essersi adempite le forme necessarie alla su sistenza (un'ipoteca, una donazione); poichè in tal caso essendo *nullo* l'atto senso proprio della parola, cioè non stente, non potrebbe ratificarsi. Nè si t delle forme richieste a provare la con zione, dacchè il luogo dell'articolo ci stra che il legislatore si occupa solo nullità relative alla minore età. Dunque vi ha alcuna difficoltà intorno a ciò; e noi possiamo risolvere un' altra quis sorta dalla combinazione dell'articolo n con l'art. 1305 (1259).

900. Si è fatta quistione se gli atti da un tutore senza compiere le form richieste (per esempio, una vendita d mobili fatta senza autorizzazione del

* È valido un contratto stipulato dal minore allorquando divenuto maggiore, lo ratifica e lo esegue volontariamente. C. S. di Napoli, 6 zo 1845.

siglio di famiglia) potrebbero impugnarsi entro ai dieci anni giusta lo art. 1304 (1258), ovvero in trenta.

Parecchi scrittori, specialmente Duranton (III, 538, X, 282, XII, 535), stimano che l'azione duri allora trenta anni, perchè il tutore che agisce in nome del suo pupillo senza le formalità dalla legge richieste, agisce senza qualità ; è il medesimo che l'atto si facesse da uno estraneo, secondo Duranton, come se Pietro vendesse la cosa di Giovanni senza saputa di costui.

È questo un errore che risulta dall'avere a torto pareggiato il tutore al mandatario ordinario. Se ho dato al tale la procura di fare per me un atto con questa o quella condizione, in questa o quella guisa, egli deve all'uopo adempiere le norme da me indicate; se no, egli non è il mio rappresentante ; ma non è il simile del tutore. Egli rappresenta il minore, ma la sua qualità non dipende dall'uso delle formalità, essendo fuori di qualunque condizione e derivando assolutamente dall'articolo 450 (373) secondo cui il tutore rappresenta il minore in tutti gli atti della vita civile. Dunque, se il tutore in quel dato caso agisce non secondo le regole a lui imposte, per quanto negligente o infedele sia, non lascia di essere rappresentante. Quindi l'atto fatto da lui può essere irregolare, vizioso, da annullarsi, ma non può non esistere, ed essere come non avvenuto, come quello che farebbe un estraneo in rispetto ai beni del minore.

Infatti l'atto compiuto da un tutore senza le formalità se fosse nullo propriamente, cioè non esistente , non potrebbe essere fatto valido ; potrebbe *sostituirsi* da uno *nuovo* , ma non ratificarsi; *quod nullum est confirmari nequit*. La ratifica fatta dal minore divenuto maggiore sarebbe pienamente efficace. Adunque l'atto può solo annullarsi: per quanto sia vizioso e irregolare, è sempre fatto da chi *rappresenta* il minore, e quindi va soggetto alla prescrizione ordinaria di dieci anni (1).

1312 (1266).—Quando i minori, gl'interdetti o le donne maritate, sono ammessi in tali qualità ad essere restituiti contro le loro obbligazioni, non si può pretendere il rimborso di ciò che loro sia stato pagato in conseguenza di tali obbligazioni nel tempo della minore età, dell'interdizione o del matrimonio, se non quando venga provato che il pagamento fu convertito in loro vantaggio.*

901. La nullità o la rescissione dichiarata dal giudice, fa che si annulli l'atto che ne è l'oggetto, e si rimettano quindi le cose nello stato in cui prima erano.

Di che sorge che per lo annullamento o per la rescissione le parti debbano restituire ciò che abbiano potuto ricevere in virtù dell'atto nullo o rescisso. Ma a questo principio che di rigore si applica ai maggiori capaci, si fa eccezione pei minori , gl'interdetti, le donne maritate, i quali son tenuti solo a restituire nel caso che si sieno avvantaggiati : cosa che dee provare chi domanda la restituzione.

1313 (1267).—I maggiori non sono restituiti per causa di lesione se non ne'casi e sotto le condizioni specialmente espresse in questo Codice.**

(1) Giurisprudenza costante fino dal 1833 ; Cassazione, 25 nov. 1835; Nimes , 14 gennaro 1839 ; Parigi, 2 nov. 1840; Grenoble , 10 luglio 1842 ; Rouen , 17 gennaro 1846 ; Lione , 23 nov. 1850 (Dev., 36, 1, 130; 39, 2, 369; 41, 2, 134; 43, 2, 144; 47, 1, 351; 51, 2, 87). Solon (II-468); Zachariae (II, p. 445).

* L'utile versione a favore del minore , rende efficaci i contratti nell'interesse dei medesimi. C. S. di Napoli, 7 giugno 1851.

L'utile versione di un mutuo fatto ad un figlio di famiglia minore di anni 25 , può provarsi con testimoni , quando esiste un principio di pruova scritta. Tal sarebbe un istrumento di compra fatta dal mutuatario pochi giorni dopo il mutuo, il quale rende verisimile , che avesse invertito a proprio vantaggio il denaro tolto in prestito, senza osservare le condizioni della legge. C. S. di Napoli, 20 marzo 1851.

** Chi chiede la esecuzione di un atto non può più impugnarlo per causa di lesione. C. S. di Napoli, 7 febbraro 1832.

902. La lesione fa rescindere in vantaggio dei maggiori 1°. le divisioni, se ella è di oltre un quarto (art. 887 (807)); 2°. le vendite di immobili (solo a fa vore del venditore) se è di più duodecimi (art. 1674 (1520)).

1314 (1268).—Quando si sono osservate le formalità richieste riguardo a' minori o agl'interdetti, sia nell'alienazione degl'immobili, sia in una divisione di eredità, essi sono considerati relativi questi atti, come se gli avessero maggior età, o prima della interdi

903. Il Codice scostandosi dal nostro antico dritto, dichiara del tutto inoppugnabili gli atti fatti in nome dei minori compiute le formalità richieste dalla legge, per cui, come ha deciso la Corte suprema ai 18 giugno 1844, la rescissione non è oggi ammessa contro degli atti regolarmente fatti dal dal padre, amministratore legale, l'assistenza del *curatore*.

FINE DELLA SECONDA PARTE E DEL SECONDO VOLUME
(III e IV dell'edizione di Parigi)

SOMMARIO

DELLE MATERIE

SPIEGATE NELLA SECONDA PARTE DEL SECONDO VOLUME

LO II, CAPITOLO V. — Delle disposizioni testamentarie. Pag. 3

IE I (I). — Regole generali sopra la forma dei testamenti. » ivi

scrizione del testamento congiuntivo (arcolo 968 (893)). » 4

testamento olografo (art. 970 (895)). » 6

testamento per atto pubblico (art. 971-975 (896-901). » 11

testamento mistico (art. 976-979 (902-905)). » 23

le qualità d' un testimone testamentario art. 980 (906)). » 34

NE II (II). — Regole particolari intorno alla orma di alcuni testamenti. » 36

testamento militare (art. 981-984 (907-10)). » ivi

testamento fatto in tempo di contagio art. 985-987 (911-913)). » 38

testamento fatto in mare (art. 988-997 914-923)). » 39

loscrizione delle tre specie di testamento art. 998 (924)). » 44

testamento fatto da un Francese in paese straniero (art. 999, 1000 (925, 926)). » 47

NE III (III). — Delle istituzioni di eredi e lei legati in generale. » 53

NE IV (IV). — Del legato universale. » ivi

finizione del legato universale (art. 1003 929)). » ivi

itti del legatario universale secondo che vi sieno o pur no eredi riservatarî (articolo 1004-1006 (930-932)). 56 » 61

gole per il caso del testamento olografo art. 1007, 1008 (933, 934)). » 67

gole relative ai debiti (art. 1009 (935)). »

NE — (V). — Della sostituzione vulgare » ivi

NE — (VI). — Delle sostituzioni fiddecommessarie. » 68

NE — (VII). — Dei majoraschi » 69

NE V (VIII). — Dei legati a titolo universale. » 73

e cosa sia il legato universale (art. 1010 (964)). » ivi

ritti e pesi del legatario (art. 1012-1013 (965-967)). pag. 77

SEZIONE VI (IX). — Dei legati particolari » 78

Regole diverse (art. 1014-1020 (968-974)). » ivi

Dei legati della cosa altrui (articolo 1021 (975 M)). » 87

Legati d'una cosa indeterminata; legati fatti al creditore (art. 1022, 1023 (977, 978)). » 91

SEZIONE VII (X). — Degli esecutori testamentarî. » 93

SEZIONE VIII (XI). — Della revoca dei testamenti e della loro caducità. » 101

Della revoca per la semplice volontà del testatore (art. 1035-1038 (990-993)). » 102

Della caducità dei legati (articolo 1039-1043 (994-998)). » 111

Del dritto di accrescimento (art. 1044, 1045 (999, 1000)). » 115

Della revoca incorsa per il fatto del legatario (art. 1046, 1047 (1001, 1002)). » 124

CAPITOLO VI. — Delle sostituzioni permesse. » 126

Quali sostituzioni son permesse (art. 1048-1052 (1003-1008)). » ivi

Dritti del gravato e dei chiamati; apertura delle sostituzioni (art. 1053, 1054 (1009, 1010)). » 133

Dei provvedimenti presi nell' interesse dei chiamati (art. 1055-1068 (1011-1024)). » 145

Dei provvedimenti ordinati nell'interesse dei terzi (art. 1069-1074 (1025-1030)). » 153

CAPITOLO VII. — Delle divisioni fatte dagli ascendenti (art. 1075-1080 (1031-1036)). » 157

CAPITOLO VIII. — Delle donazioni per contratto di matrimonio. » 161

Delle donazioni di beni presenti (art. 1081 (1037)). » 162

Delle donazioni di beni futuri (art. 1082 1083 (1038, 1039)). » 163

Delle donazioni di beni presenti e futuri (art. 1084, 1085 (1040, 1041)). » 169

Delle donazioni irrevocabili (art. 1086 (T)). » 173

Regole comuni alle quattro specie di donazioni (art. 1087, 1090 (1042, 1043)). » 177

CAPITOLO IX. — Delle disposizioni fra coniugi. » 181

Delle donazioni fra coniugi per contratto di

trimonio (art. 1091-1095 (1046-1049)). pag. 181
Delle donazioni fra coniugi durante il matrimonio (art. 1096, 1097 (1050, 1051)). » 183
Della porzione disponibile fra coniugi (articolo 1094-1098-1100 (T-1052-1054)). » 187
SUNTO del titolo II. » 217
TITOLO III. — DELLE OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI IN GENERALE. » 254
Osservazioni preliminari. » ivi
CAPITOLO I. — Disposizioni preliminari. » 267
Definizione del contratto e dell'obbligazione (art. 1101 (1055)). » ivi
Delle diverse specie del contratto (articolo 1102-1107 (1056-1061)). » 269
CAPITOLO II. — Delle condizioni essenziali alla validità delle convenzioni. » 272
SEZIONE I. — Del consenso. » 276
Dell'errore (art. 1110 (1064)). » 277
Del timore (art. 1111-1114 (1065-1068)). » 279
Del dolo (art. 1116, 1117 (1070, 1071)). » 282
Della lesione (art. 1118 (1072)). » 285
Dei due casi in cui non si forma il contratto (art. 1119-1122 (1073-1076)). » 286
SEZIONE II. — Della capacità delle parti contraenti. » 295
SEZIONE III. — Dell' oggetto della materia dei contratti. » 296
SEZIONE IV. — Della causa. » 299
CAPITOLO III. — Dell'effetto delle convenzioni e delle obbligazioni. » 302
PRIMA PARTE. — Dell'effetto delle convenzioni. » 303
Disposizioni generali. » ivi
SEZIONE V. — Della interpetrazione delle convenzioni. » 305
SEZIONE II. — Della convenzione di trasferire la proprietà. — Dissertazione intorno al novello principio del Codice civile (articolo 1138 (1092) ed altri). » 309
SEZIONE VI. — Dell'effetto delle convenzioni riguardo ai terzi. » 316
SECONDA PARTE. — Dell' effetto delle obbligazioni. » 325
Teoria delle colpe. » ivi
Dei rischi. » 327
Della messa in mora. » ivi
SEZIONE III. — Dell'obbligazione di fare o non fare. » 328
SEZIONE IV. — Dei danni ed interessi. — Regole generali. » 329
Determinazione dei danni interessi che non hanno per oggetto somme determinate. » 332
Determinazione per le obbligazioni di somme determinate. » 334
Dissertazione intorno allo anatocismo. » 337
CAPITOLO IV. — Delle diverse specie di obbligazioni. » 341
SEZIONE I. — Delle obbligazioni condizionali. » 342
Della condizione e sue diverse specie (articolo 1168-1174 (1121-1127)). » ivi
Dello avveramento della condizione (articolo 1175-1178 (1128-1131)). » 347
Dello effetto delle condizioni (art. 1179, 1180 (1132, 1133)). » 349
Della condizione sospensiva (articolo 1181, 1182 (1134, 1135)). » 350
Della condizione risolutiva (art. 1183, 1184 (1136, 1137)). pag.
SEZIONE II. — Delle obbligazioni a termine.
SEZIONE III. — Delle obbligazioni alternative e facoltative.
SEZIONE IV. — Delle obbligazioni solidali.
Della solidarietà fra i creditori (art. 1197-1199 (1150-1152)).
Della solidarietà fra debitori (art. 1200-1216 (1153-1169)).
SEZIONE V. — Delle obbligazioni divisibili e indivisibili.
Degli effetti dell'obbligazione divisibile (articolo 1220, 1221 (1173, 1174)).
Degli effetti dell'obbligazione indivisibile (articolo 1222-1225 (1175-1178)).
SEZIONE VI. — Delle obbligazioni con clausola penale
CAPITOLO V. — Della estinzione delle obbligazioni.
SEZIONE I. — Del pagamento
1° Del pagamento in generale.
Nozioni preliminari intorno al pagamento (art. 1235 (1188)).
Da chi il pagamento debba farsi (art. 1236-1238 (1189-1191)).
A chi debba farsi
Come e in quale stato debba pagarsi la cosa (art. 1243-1246 (1196-1199)).
Dove e a spese di chi debba farsi (art. 1247, 1248 (1200, 1201)).
2° Del pagamento con surrogazione (articolo 1249-1252 (1202-1205)).
3° Della imputazione dei pagamenti (articolo 1253-1256 (1206-1209)).
4° Delle offerte del pagamento e del deposito.
Dei debiti di somme determinate (art. 1257-1263 (1210-1216)).
Dei debiti di corpi certi (art. 1264 (1217)).
Dei debiti di cose indeterminate.
Rimando per la cessione dei beni.
SEZIONE II. — Della novazione.
Dissertazione intorno all'annullamento della novazione per ragione d'incapacità.
Intorno al caso di obbligazioni condizionali
Della specie di novazione chiamata delegazione.
SEZIONE III. — Della remissione del debito
Della tacita remissione (art. 1282, 1283-1286 (1236, 1237-1240)).
Della remissione operata con uno di più obbligati.
SEZIONE IV. — Della compensazione
Della compensazione legale (articolo 1289-1299 (1243-1253)).
Della compensazione facoltativa.
SEZIONE V. — Della confusione.
SEZIONE VI. — Dei casi in cui diviene impossibile lo adempimento.
SEZIONE VII. — Dell'azione di nullità o di rescissione.
Termine di tale azione (art. 1304 (125[illegible]
Dell'indole della incapacità del minore (articolo 1305 (1259)).

FINE DEL SOMMARIO